UNIVERSITE DE RENNES — FACULTE DE DROIT

L'Ordre Hiérarchique et la Responsabilité des Agents Publics

THESE POUR LE DOCTORAT
présentée et soutenue devant la Faculté de Droit
le 18 novembre 1941, à 14 heures

PAR
Michel COTTIN

JURY :

PRÉSIDENT : M. Ch. ROUSSEAU, *Professeur ;*

SUFFRAGANTS { M. CAVARÉ, *Professeur,*
M. FROMONT, *Professeur.*

IMPRIMERIE CENTRALE DE RENNES
7, Rue des Francs-Bourgeois
RENNES

1941

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542713_0062

L'Ordre Hiérarchique
et la responsabilité des Agents Publics

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITE DE RENNES — FACULTE DE DROIT

L'Ordre Hiérarchique et la Responsabilité des Agents Publics

THESE POUR LE DOCTORAT
présentée et soutenue devant la Faculté de Droit
le 18 novembre 1941, à 14 heures

PAR
Michel COTTIN

JURY :

PRÉSIDENT : M. Ch. ROUSSEAU, *Professeur ;*

SUFFRAGANTS : M. CAVARÉ, *Professeur,*
M. FROMONT, *Professeur.*

IMPRIMERIE CENTRALE DE RENNES
7, Rue des Francs-Bourgeois
RENNES

1941

A MA MÈRE,

comme un témoignage de profonde gratitude.

A MON GRAND-PÈRE,

avec les sentiments de la plus affectueuse reconnaissance.

AVANT-PROPOS

Le problème de l'ordre hiérarchique soulève des questions diverses. L'objet précis de ce travail est de déterminer la nature exacte de l'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité personnelle des agents publics, à l'égard des tiers et de préciser dans quelle mesure cette responsabilité peut être atténuée par l'ordre. On s'est efforcé de dégager, derrière les affirmations de la jurisprudence, l'irréductibilité du fait personnel du fonctionnaire ; quant à l'exonération possible de responsabilité, au moins en ce qui touche la responsabilité civile, on a tenté l'esquisse d'une solution psychologique, dont les éléments ont été précisés à la lumière des données jurisprudentielles et doctrinales. Assise sur les articles 13, 14, 15 *et* 16 *de la grande loi du* 14 *septembre* 1941 *portant statut général des fonctionnaires de l'Etat et des Etablissements publics de l'Etat* (1), *cette solution doit ouvrir une ère nouvelle dans la matière de*

(1) *Gazette du Palais*, 7 octobre 1941; *Journal Officiel*, 1er octobre 1941. Cette loi est appelée à prendre place « parmi les grandes lois organiques qui, dans le cadre de la Constitution, donneront à l'Etat nouveau ses traits définitifs ». Voir Rapport, *J. O.*, 1er octobre 1941, p. 4210.

la responsabilité personnelle des fonctionnaires civils.

Une question de définitions s'est posée dès l'abord : quel sens faut-il attribuer aux expressions : ordre hiérarchique, agent public. Elle a été résolue en s'inspirant de l'attitude de la jurisprudence qui, en la matière, leur donne l'acception la plus large ; aussi, emploiera-t-on indifféremment les termes d'ordre hiérarchique, de prescriptions, d'instructions, de service commandé... ; d'agent public, de fonctionnaire...

Le cadre classique (responsabilité des fonctionnaires civils : responsabilité civile et pénale ; responsabilité des militaires) qui a été adopté, reste un simple moyen d'exposition d'un sujet dont l'unité interne apparaîtra, on le pense, avec évidence.

PREMIÈRE PARTIE

L'ORDRE HIERARCHIQUE ET LA RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES CIVILS

A - *Responsabilité Civile*

CHAPITRE PREMIER

Le problème des rapports de l'ordre hiérarchique et de la responsabilité civile des agents publics (de l'Art. 75 de la Constitution de l'an VIII jusqu'à son abrogation par le décret-loi du 19 Septembre 1870). Son immobilité par rapport au problème général de la responsabilité des fonctionnaires.

La Constitution de l'an VIII a renforcé considérablement le pouvoir disciplinaire et hiérarchique ; elle renoue définitivement avec la tradition. L'article 75 de l'Acte Constitutionnel subordonne la poursuite des fonctionnaires à l'autorisation préalable et unique du Gouvernement statuant en Conseil d'Etat (1). Celui-ci statue après

---

(1) Article 75, titre VI, De la responsabilité des fonctionnaires publics : « Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. »

Des textes ultérieurs accordent aux directeurs de certaines

avis des supérieurs hiérarchiques de l'agent incriminé. Dans l'esprit du gouvernement consulaire, le Conseil d'Etat doit protéger et les fonctionnaires contre les poursuites malicieuses ou abusives et l'acte administratif. Le système de la garantie administrative constitue pour le fonctionnaire une exception d'ordre public qu'il peut invoquer contre toute poursuite ; le refus d'autorisation est une fin de non-recevoir opposée aux poursuites civiles intentées par les particuliers et aux poursuites criminelles et correctionnelles intentées par le ministère public : tout ce qui est susceptible d'entraver le fonctionnement des services publics, tout ce qui est contraire aux intérêts de cet instrument d'Etat qu'est l'administration de l'an VIII, doit être systématiquement écarté.

Le procédé de l'autorisation préalable, tel qu'il a été compris de la jurisprudence depuis l'an VIII jusqu'à 1870 dans son application au cas des fonctionnaires agissant sur ordre hiérarchique, a conduit à l'inviolabilité de l'agent obéissant, au nom de l'unité et de la cohésion administrative. Le fonctionnaire qui s'est conformé aux ordres ou aux instructions est déchargé de toute responsabilité. Il est entièrement couvert par les directi-

---

administrations, à certains chefs de service, le droit d'autoriser les poursuites : Deux arrêtés du 9 Pluviose an X : Directeur général des Postes, Directeur général de l'Enregistrement et des Domaines; arrêté du 10 Floréal an X : Préfet (Poursuites contre les percepteurs des Contributions Directes); deux arrêtés du 28 Pluviose an XI : Administration générale des Forêts; Direction générale des Douanes à l'égard de ses agents.

L'article 129 du Code Pénal sanctionnait le défaut d'autorisation des poursuites.

ves que le supérieur hiérarchique a données (2) et même par l'approbation a posteriori de celui-ci (3) ; le caractère personnel de la faute, même grave, disparait entièrement. Ce sont là des conséquences logiques d'une centralisation poussée à l'extrême ; les responsabilités revêtent un aspect disciplinaire.

Un instrument d'arbitraire tel que l'article 75

---

(2) Voici quelques décisions dont la plupart sont empruntées à l'étude de M. J. Barthélemy : L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents (*R. D. P.*, 1914, p. 491). Voir notamment p. 534, note 1.

C. d'E. : 25 juin 1817, De Cousso; 3 décembre 1817, Guinot (agent communal agissant sur ordre du maire); 25 février 1818, Poirier (adjoint agissant en vertu d'un ordre du maire, approuvé par le préfet); 24 décembre 1818, Bresset La Chaume; 23 juin 1819, De Pardailhan (suspension illégale d'un maire par un sous-préfet, postérieurement approuvée par le préfet); 8 septembre 1819, Guillermain; 17 novembre 1819, Donnadieu et Montlivaut (Affaire des troubles de Grenoble. Les actes du général Donnadieu et du préfet Montlivaut ont été approuvés par les ministres auxquels ils sont subordonnés); 9 juillet 1820, Crusel (maire agissant sur les ordres du préfet); 22 février 1821, Josse, *R.*, p. 233; 7 mai 1823, Tollé, *R.*, p. 335 (garde forestier accusé de malversations et couvert par l'ordre des autorités auxquelles il est soumis); 15 juin 1841, Vettier; 4 novembre 1851, *S.*, 1852.1.257 (retrait d'un brevet d'imprimeur par le préfet, sur les ordres du ministre); 22 décembre 1858, Collette, *R.* p. 898; 10 mai 1860, De Plancy, *R.*, p. 1374; 14 novembre 1860, Jean, *R.*, p. 1376; 21 décembre 1863, Follin, *R.*, p. 1011; 20 janvier 1866, Verdier, *R.*, p. 1372; 31 mars 1866, Duc d'Aumale, *R.*, p. 1373 (Saisie irrégulière de l'histoire des Princes de Condé; le préfet de police a agi en vertu des ordres du ministre secrétaire d'Etat de l'Intérieur); 10 novembre 1870, Ballard, *R.*, p. 945. Les Tribunaux judiciaires appliquent implicitement le même principe pour les fonctionnaires non agents du Gouvernement (Cass., 10 mars 1845, *S.*, 1845.1.546; Cass., 4 avril 1866, *S.*, 1866.1.277).

(3) Voir notamment 17 novembre 1819, précité; 22 février 1821, précité : l'arrêté pris par le maire en matière de voirie a reçu, « en son temps, l'approbation du Ministre de l'Intérieur ».

ne devait pas, normalement, survivre au régime déchu. Les critiques, d'abord isolées, se firent plus nombreuses et plus directes. L'article 75 eut cependant des défenseurs ardents (4). On a vu, par les arrêts précédemment cités, que le Conseil d'Etat s'en est servi jusqu'en 1870. Périodiquement, la jurisprudence est venue rappeler au milieu des discussions passionnées que suscitait l'article 75, que celui-ci restait toujours en vigueur. Les décisions sur ce point sont multiples (5). Certaines lois, il est vrai, supprimeront la nécessité de l'autorisation préalable (6) ; la jurisprudence commence à se nuancer. Mais le principe que l'ordre hiérarchique, formel ou non, supprime la responsabilité du fonctionnaire qui se borne à l'exécuter, subsiste dans son intégralité. L'autorisation reste nécessaire pour poursuivre l'agent obéissant ; le Conseil d'Etat qui voit tout sous l'angle gouvernemental ne peut reprocher à un fonctionnaire de suivre les instructions de l'administration.

Des promesses de réforme (7), des critiques, des

---

(4) Voir les textes rapportés par M. Y. Divanach : *La responsabilité civile des fonctionnaires en droit français* (*Thèse*, Rennes, 1935, p. 123-124).

(5) Voir par exemple, C. d'E., 11 décembre 1814.

(6) Loi 23 décembre 1814, art. 19, complétée par loi 15 mai 1818, art. 94 (agents qui établissent des contributions illégales) ; Loi 8 décembre 1814, art. 144, reproduite par loi 28 avril 1816, art. 244 (délits commis dans l'exercice de leurs fonctions par les employés de la Régie) ; Loi 28 avril 1816, art. 55 (agents des Douanes). Ces dispositions seront complétées ultérieurement par la loi du 4 août 1844.

(7) *Acte additionnel aux Constitutions de l'Empire* (22 avril 1815, art. 50). *Charte de 1830*, art. 69, paragraphe 2. Les projets de l'Empire libéral ne purent être mis au point avant sa chute. (Voir : Grangé, *Les doctrines politiques du Parti républicain à la fin du Second Empire* (*Thèse*, Bordeaux, 1903).

discussions juridiques souvent brillantes, des projets de lois (8) que l'article 75 a fait naître depuis l'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire jusqu'au décret-loi de 1870 on ne retiendra que les projets de lois de la Monarchie de Juillet (9).

Le projet du député DEVAUX (10), en 1832, qui rencontra une forte opposition au Sénat et ne fut jamais voté, restreignait l'autorisation préalable, donnée par le supérieur hiérarchique, aux seuls fonctionnaires politiques (ministres, préfets, maires) lesquels étaient poursuivis devant la Cour Royale de leur ressort. Les poursuites contre les fonctionnaires administratifs étaient libres et avaient lieu devant les Tribunaux de droit commun.

En 1834, un projet presque identique au projet DEVAUX est présenté par le Garde des Sceaux, BARTHE (11). Il aboutit en 1835, après deux remaniements de la Commission parlementaire, à un système original qui établit, dans certains cas, la responsabilité conjointe de l'agent obéissant et du

---

(8) Sous la République de 1848, un projet sera présenté par CRÉMIEUX le 18 février 1849 au nom de la Commission nommée par la IIe République et représenté en 1850 par M. PRADIÉ pour donner satisfaction aux libéraux et montrer le libéralisme de la IIe République. Il ne fut jamais voté. Aux termes de ce projet : le fonctionnaire est responsable civilement des actes illégaux, même réguliers en la forme, accomplis sur ordre hiérarchique. L'autorisation de poursuivre émane du Conseil de Préfecture pour les agents subalternes, du Conseil d'Etat pour les fonctionnaires supérieurs.

(9) Cf. DEPAULE, *Etude historique sur la responsabilité des fonctionnaires publics* (*Thèse*, Toulouse, 1901, p. 77 et s.).

(10) *Moniteur*, 4 décembre 1832. *Archives parlementaires*, 2e série, t. 78, p. 56, 97 et 102.

(11) *Moniteur*, 18 mars 1835. *Archives parlementaires*, 2e série, t. 93, p. 235.

ministre qui a ordonné et approuvé : le ministre, duquel émane l'autorisation préalable, peut couvrir l'agent subordonné ; si celui-ci est un agent politique il comparaîtra avec le ministre devant la Chambre des Pairs ; si c'est un agent administratif, il comparaîtra seul.

C'est ce projet de la Commission parlementaire, modifié à son tour par la proposition VIVIEN, qui fut adopté par la Chambre des Députés ; mais il n'alla pas plus loin. Sommairement discuté les 16, 19 et 20 avril 1836, il fut malheureusement abandonné par la Chambre des Pairs. La proposition VIVIEN était, en effet, intéressante : elle obligeait le ministre à répondre à la demande d'autorisation en lui fixant un délai de trois mois à partir du jour de la demande pour se prononcer : ou le ministre doit couvrir son agent ou il doit autoriser les poursuites. Passé ce délai, les poursuites sont libres.

Ainsi, jusqu'à 1870, on peut considérer que le problème des rapports de l'ordre hiérarchique et de la responsabilité des agents n'a été abordé que sous forme de discussions parlementaires et de projets de lois. L'examen de la jurisprudence antérieure à 1870 montre que le problème général de la rsponsabilité des fonctionnaires commence à être étudié. Le soin d'examiner si l'acte incriminé est ou non un acte de la fonction sera confié aux autorités judiciaires (12) ; dans les multiples fonctions de l'agent administratif, on distinguera les fonctions proprement administratives qui, seules, bénéficient de l'article 75 (13) ; l'arrêt de principe

(12) Dijon, 2-6 janvier 1859, *D.*, 1859.2.81.

(13) C. d'E., 31 juillet 1853, Coignard, *D.*, 1854.3.290; 14 avril 1860, Jarry, *D.*, 1862.3.12.

Cheronnet (Cass., 31 mars 1864, *D.*, 1864.1.148 ; *S.*, 1864.1.268) restreint la portée de l'article 75 aux seuls actes s'identifiant avec la fonction de l'agent elle-même (14) ; les notions de faute personnelle et de fautes de service sont dégagées ; les poursuites pour un grand nombre d'agents sont soumises au droit commun.

Mais cet axiome envahissant, que l'ordre hiérarchique est destructeur de toute responsabilité et que jamais un acte d'obéissance, même délictueux, ne peut être une faute personnelle, recouvre tout le bienfait de l'effort jurisprudentiel. Si le système de la garantie administrative était encore considéré à la veille du décret-loi du 19 septembre 1870 comme un instrument d'arbitraire et d'oppression, c'est au refus constant et systématique de la jurisprudence d'autoriser les poursuites contre les fonctionnaires obéissants qu'il le doit. L'administré qui a souffert un préjudice du fait de l'agent obéissant n'a aucun recours ; il n'a pas davantage à attendre un effort de la doctrine en sa faveur, qui voit mal comment la force du lien de subordination hiérarchique pourrait être affaiblie dans une administration où la centralisation s'est maintenue très forte ; il ne saurait se heurter qu'à un autre axiome : celui de l'irresponsabilité de la puissance publique.

Le décret-loi du 19 septembre 1870 a abrogé l'article 75 de la Constitution de l'an VIII (15). Les

---

(14) Jusqu'en 1864 la jurisprudence n'exige pas que les faits donnant lieu aux poursuites aient lieu dans l'exercice des fonctions de l'agent : Cass., 8 mai 1846, Regnault, *D.*, 1846.4.299.

(15) Une loi devait édicter, d'autre part, dans l'intérêt public, des peines civiles contre les particuliers auteurs de poursuites téméraires contre les fonctionnaires. Cette loi ne fut jamais faite.

poursuites contre les fonctionnaires de l'ordre administratif sont libres. Précisé à la lumière de l'arrêt Pelletier (Confl., 30 juillet 1873, *S.*, 1874.2.28; *D.*, 1874.3.5 ; conclusions du commissaire du Gouvernement David), le décret signifie que, des deux garanties introduites dans le système administratif de l'an VIII, seule subsiste celle accordée à l'Administration en vertu du principe de la séparation des pouvoirs et qui veut que l'acte administratif soit soustrait aux tribunaux judiciaires. La garantie accordée aux fonctionnaires, la garantie personnelle, est abolie.

Le décret-loi de 1870, le rétablissement du Tribunal des Conflits, n'ont fait qu'accélérer dans la direction initiale le développement du problème de la responsabilité des fonctionnaires. Les poursuites contre les agents administratifs vont devenir plus nombreuses. Du point de vue plus restreint auquel on se place ici, le décret semble avoir une importance assez grande par l'esprit qui l'anime. On donne satisfaction à l'opinion publique qui ne veut plus du rouage inviolable et inséparable de la machine administrative qu'est devenu le fonctionnaire obéissant issu de la conception centralisatrice de l'an VIII. Elle avait demandé à le connaître et à l'individualiser au grand jour et elle obtient enfin l'abrogation légale de l'article 75, réclamée depuis la chute du I^er^ Empire. Désormais le fonctionnaire n'a plus de privilèges ; il doit pouvoir être poursuivi jusque derrière l'ultime rempart de l'ordre hiérarchique.

Cette possibilité d'aggravation de responsabilité coïncide avec des mouvements de natures différentes mais qui doivent également conduire, en toute logique, à une aggravation effective de res-

ponsabilité : la restriction de la force du pouvoir hiérarchique commence ; le fonctionnaire croit moins à l'autorité de l'Etat : c'est déjà le début de la lutte de l'agent public contre l'Etat ; l'ingérence des politiciens est sans cesse plus grande dans le système administratif ; le mouvement de décentralisation amorcé par les lois de 1831, 1833, 1837, 1838 (16) s'amplifie sous la IIIe République avec les lois du 10 août 1871 sur les conseils généraux et la grande loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale.

C'est maintenant à la jurisprudence de dire si, dans le champ nouveau ouvert à son activité, à l'intérieur du problème général de la responsabilité des fonctionnaires, elle entend donner sa conclusion normale à ces possibilités d'aggravation de la responsabilité et définir la portée exacte de l'ordre hiérarchique sur la faute personnelle.

En résumé, l'on peut dire que le problème des rapports de l'ordre hiérarchique et de la responsabilité personnelle des agents a été considéré, jusqu'au décret-loi de 1870, par la jurisprudence et les auteurs du Droit public (17) sous l'angle d'un

---

(16) Loi 31 mars 1831 (élection des conseils municipaux; recrutement des maires parmi les conseillers municipaux) ; loi 22 juin 1833 (élection des conseils généraux de département et des conseils d'arrondissement) ; loi 18 juillet 1837 (pouvoirs de décision en matière administrative communale donnés aux conseils municipaux) ; loi 10 mai 1838 (réforme analogue pour les conseils généraux de département). Sous la IIe République, élection au suffrage universel des conseils municipaux, d'arrondissement et généraux. Arrêtée par le Coup d'Etat de 1851, la décentralisation reprend bientôt avec les lois du 18 juillet 1866 (conseils généraux) et du 24 juillet 1867 (conseils municipaux).

(17) Serrigny, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative* (1865,

postulat indiscutable, dans le sens de l'irresponsabilité de l'agent obéissant. Il convient de rechercher maintenant, à ce double point de vue de la doctrine et de la jurisprudence, quel développement a été donné à ces possibilités d'examen d'une responsabilité considérée jusque là comme intangible.

2e édition, 3 vol. Voir notamment, t. I, n° 104, p. 116) : L'irresponsabilité des agents inférieurs découle de la responsabilité ministérielle. Cf. J. Barthélemy, *op. cit.* p. 533 pour l'exposé détaillé et la discussion.

CHAPITRE II

Les solutions de la doctrine

§ 1. — *Doctrine du Doyen Duguit.*

I. Exposé. — Le Doyen Duguit (1) a procédé à partir de l'une des idées fondamentales de sa doctrine, à savoir qu'il n'existe que des volontés individuelles auxquelles on doit reconnaître un pouvoir objectif général et continu, à une revision de la notion traditionnelle du devoir d'obéissance hiérarchique. Selon M. Duguit, on ne saurait parler d'ordre donné par une volonté individuelle à une autre volonté individuelle ; si l'ordre s'impose c'est que, par hypothèse, il est voulu conformément au Droit. Les fonctionnaires civils aussi bien que les militaires ont le devoir objectif de se conformer à la loi de la fonction et cette loi leur impose souvent

(1) *Etudes de Droit Public;* tome 1 : *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (1901) ; tome 2 : *L'Etat, les gouvernants et les agents* (1903), p. 619 et suivantes. — *Traité de Droit Constitutionnel,* 1re édition, p. 229-230; 2e édition, p. 285-290; 3e édition, p. 308 et s.

le devoir de suivre la direction qui leur est tracée par un autre agent. Si l'obligation d'obéissance du militaire aux ordres de ses supérieurs est sans doute plus étroite que celle du fonctionnaire civil, elle n'est pas d'une nature juridique différente ; elles visent l'une et l'autre à assurer le fonctionnement du service public conformément à la loi par laquelle il a été organisé (2).

Ainsi l'ordre hiérarchique ou, selon la terminologie de M. Duguit, le pouvoir de surveillance, ne peut avoir aucune influence sur la responsabilité du fonctionnaire puisque celui-ci n'obéit à l'ordre que dans la mesure où il est conforme à la loi ; l'ordre hiérarchique ne fait naître à l'égard du fonctionnaire aucune obligation juridique de s'y conformer ; il ne peut se retrancher derrière un ordre illégal puisqu'il n'est pas lié par cet ordre ; il n'obéit jamais qu'à la loi et a le devoir de désobéir à l'ordre quand celui-ci est illégal. Il ne pourra encourir aucune sanction disciplinaire.

M. Duguit, après avoir pensé à distinguer entre l'ordre constituant une infraction pénale et l'ordre constituant une violation de la loi, sans présenter le caractère d'infraction pénale (lequel n'entraînerait pas la responsabilité du fonctionnaire obéissant), a préféré s'arrêter à la distinction suivante :

1° Cas où l'ordre hiérarchique vise à l'accomplissement d'un acte de caractère juridique : ici, l'ordre de faire un acte contraire à la loi équivaut à l'ordre de faire un acte qui sort de la compétence du fonctionnaire ; or ce dernier a l'obligation de respecter la loi de sa compétence. « Le pouvoir

(2) La question des militaires sera examinée ultérieurement, en détail.

d'ordre du supérieur n'existe véritablement pas », écrit M. Duguit (3). Si le fonctionnaire obéit à l'ordre hiérarchique, c'est « précisément parce que sa compétence telle qu'elle est déterminée par la loi consiste à intervenir suivant la direction que lui implique le supérieur » (3). Quant au supérieur hiérarchique, il n'est pas compétent pour ordonner au subordonné l'accomplissement d'un acte illégal et le subordonné ne peut être contraint à faire un acte illégal. Ainsi, la responsabilité personnelle d'un préfet qui, sur ordre du ministre de prendre des décisions illégales les prend, reste entière.

2° Cas où l'ordre hiérarchique vise à l'accomplissement d'une simple opération matérielle.

Si l'on ne peut ici parler d'une violation de loi de compétence, on peut toutefois dire que le fonctionnaire doit respecter la loi « en ce sens qu'il ne peut faire que les opérations qui sont conformes au but en vue duquel sa fonction a été créée et organisée » (4). L'opération administrative doit donc être conforme au but de la fonction. L'agent technique qui obéit à un ordre visant à l'accomplissement d'un acte contraire à l'esprit et au but de la fonction a le devoir de ne pas s'y conformer sous peine d'engager sa responsabilité personnelle.

Ainsi la liberté du fonctionnaire subordonné reste entière, sa responsabilité subsiste. L'ordre illégal d'un supérieur hiérarchique ne peut avoir aucun caractère obligatoire et le fonctionnaire qui obéit à un tel ordre est toujours responsable civilement ou pénalement. Aucune obligation d'obéissance passive « qui amollit les caractères, annihile les

(3) *Etudes de Droit Public*, t. 2, p. 626.
(4) *Ibid.*, p. 627.

volontés et atrophie les intelligences » (5) ne pèse sur le fonctionnaire. Il doit rechercher si l'acte ordonné est ou non conforme au droit objectif, s'il constitue ou non en soi une faute personnelle. Responsable quand il exécute un ordre illégal, l'agent l'est également quand il refuse d'exécuter l'ordre conforme au droit objectif, à la loi.

Ce développement de la responsabilité présente selon Duguit un double avantage : il ne peut qu'améliorer le fonctionnement des services publics ; il donne au cas d'acte arbitraire la possibilité d'affirmer non seulement la responsabilité de celui qui a ordonné l'acte mais aussi de celui qui l'a exécuté.

Ces solutions ont conduit le Doyen Duguit à critiquer très vivement une affaire assez célèbre jugée par le Tribunal des Conflits les 23 et 25 mars 1889 (Usannaz-Joris, *R.*, p. 414, *S.*, 1891.3.32) (6). Sur les injonctions d'un préfet, un receveur des Postes lui avait remis des lettres et des paquets clos adressés à diverses personnalités du département ; le préfet agissait sur les ordres du ministre de l'Intérieur.

Des actions en responsabilité personnelle furent intentées par les intéressés contre le receveur des Postes et le préfet devant les tribunaux judiciaires. Le Tribunal civil ayant rejeté le déclinataire de compétence, l'affaire fut portée devant le Tribunal des Conflits qui fit une distinction (7). « Le receveur

---

(5) *Ibid.*, p. 629.

(6) Voir également *Gazette des Tribunaux*, 24-25-26 mars 1889, pour les plaidoiries des avocats et les conclusions de M. Marguerie, qui soutient la thèse que l'on ne saurait, en aucun cas, reprocher à un agent subordonné d'avoir obéi aux ordres.

(7) Etant donné la clarté et l'importance de l'argumentation du Tribunal des Conflits à propos d'une espèce classique, une

des Postes, en obéissant à un mandat délivré dans les termes et avec les pouvoirs que confère l'article 10 du Code d'Instruction criminelle, n'a fait que remplir un devoir professionnel dans les termes de l'article 700 de l'Instruction générale des Postes de 1876... Le préfet du département, lorsqu'il agit en vertu de l'article 10 du C. I. C., exerce des attributions de police judiciaire. Les actes de service par lui pratiqués, de son propre mouvement ou sur l'ordre du ministre de l'Intérieur, relèvent de l'autorité judiciaire : celle-ci est compétente pour statuer sur l'action en responsabilité à l'occasion de ces actes. La saisie des journaux ou autres écrits politiques est réglée par la loi du 29 juillet 1881. Il appartient à l'autorité judiciaire de statuer dans tous les cas, sur la validité des saisies de ces écrits, sur les dommages qu'elles ont pu entraîner, ainsi que sur les exceptions qu'elles pourraient comporter. En outre, la saisie ne change pas de nature par le fait qu'elle a été ordonnée par le ministre de l'Intérieur dans un but politique et que la mesure a été approuvée par les Chambres ; ces diverses circonstances ne sauraient lui donner le caractère d'acte administratif ou d'acte de gouvernement. Si le Gouvernement a le devoir d'assurer la sécurité de l'Etat et de réprimer toute entreprise tentée contre la République par les membres des familles ayant régné en France (8), il n'est investi à cet égard que des pouvoirs que lui donne la loi. Le droit d'opérer des saisies discrétionnaires

---

citation presque intégrale a paru indispensable malgré sa longueur.

(8) Les lettres adressées aux personnalités du département contenaient une circulaire destinée aux maires et signée d'un prétendant au trône de France : « Philippe, comte de Paris ».

ne résulte ni de la loi susvisée du 27 juillet 1886, ni d'aucune autre loi. » L'arrêté de conflit fut donc annulé en ce qui concernait le préfet et maintenu en ce qui concernait le receveur des Postes.

Le Doyen Duguit dénie énergiquement toute valeur à l'argumentation du Tribunal des Conflits : l'agent technique, ici l'agent des Postes, n'a l'obligation d'obéir aux instructions que dans la mesure où elles sont conformes au but de sa fonction. En l'espèce, non seulement il n'est pas obligé d'obéir, mais il a le devoir de désobéir. Sa responsabilité ne saurait être couverte par aucune injonction de quelque nature qu'elle soit.

Cette thèse absolue peut être considérée comme constituant le premier état de la pensée de M. Duguit. Il semble que, par la suite, cet auteur se soit orienté vers une solution pratique beaucoup plus souple. La responsabilité du fonctionnaire agissant sur ordre illégal peut être atténuée dans une large mesure, écrit-il, « mais à cet égard, il y a simplement un point de fait laissé à l'appréciation des tribunaux » (9). Les tribunaux devront tenir compte du degré de gravité de l'acte dommageable consécutif à l'exécution de l'ordre illégal ; ainsi, il paraît difficile d'admettre selon M. Duguit une atténuation de responsabilité quand l'ordre a eu pour résultat l'accomplissement d'une infraction pénale, alors que cette atténuation pourra être plus facilement admise si le fait dommageable « a en soi peu de gravité ou si d'autre part il était difficile au subordonné de ne pas se conformer aux ordres de son supérieur ». Bien que l'acte dommageable, résultat de l'accomplissement de l'ordre, reste tou-

(9) *Droit Constitutionnel*, 2e édit., t. 3, p. 285 et s.

jours une faute personnelle, une atténuation, une exonération totale de responsabilité peuvent être admises (10).

II. Discussion. — Il serait inutile d'exposer à propos d'une simple partie, détachée de la doctrine générale du Doyen Duguit, les arguments habituels qu'il est plus logique d'opposer à l'ensemble de la thèse. Les seules critiques qu'il convienne de faire d'un point de vue plus spécial et en se gardant de tout raisonnement purement juridique seront les suivantes :

1° La pensée de M. Duguit dans la mesure où elle porte atteinte aux traditionnelles notions d'obéissance et d'obéissance préalable, consacrées d'une manière continue par la jurisprudence, en particulier, est à rejeter formellement (11). Ce serait introduire le désordre le plus complet au sein de l'Administration que d'admettre une discussion préalable de la légalité de la part des agents. La légitimité du pouvoir administratif est évidente (12).

---

(10) La thèse du doyen Duguit est tout à fait conforme à l'esprit du droit anglo-saxon qui proclame le principe de la suprématie de la loi mais y apporte une série d'atténuations. Pour un exposé détaillé qui ne saurait trouver place ici, voir J. Barthélemy, *op. cit.* p. 517 et s.

(11) Voir également art. 13, titre I, loi du 14 septembre 1941 : « ...La discipline se manifeste par une soumission constante aux lois, décrets et règlements en vigueur et par l'obéissance des subordonnés aux ordres de leurs supérieurs dans l'exercice de leur autorité... ».

(12) On repoussera cependant l'accusation d'anarchie, lancée par M. Hauriou contre le Doyen Duguit, de croyance au progrès indéfini de la raison humaine qui rend inutile l'obéissance préalable. (Les Idées de M. Duguit, *Recueil de Législation de Toulouse*, 1911, p. 1-40). « Ce qu'il y a de proprement anarchique chez cet auteur, écrit M. J. Barthélemy, c'est sa théorie

2° Le problème de la suprématie de la loi doit être ici, correctement posé ; il n'est pas douteux que la loi prime l'ordre. Mais, en l'occurence, il s'agit de résoudre une question plus modeste, une question de responsabilité personnelle. Pour l'appréciation de la responsabilité personnelle du fonctionnaire, l'ordre prime-t-il la loi objective ? Oui, très certainement : les ordres sont présumés donnés dans un but de service par des agents compétents, sur lesquels le fonctionnaire subordonné est en droit de compter, dans une certaine mesure.

3° La thèse du Doyen Duguit est une thèse trop peu nuancée ; elle ne voit qu'un aspect de la question en n'envisageant que l'ordre illégal ; il existe des ordres de légalité simplement douteuse ; il existe surtout un problème beaucoup plus général, celui des rapports de l'ordre hiérarchique normal, régulier, et de la responsabilité qui ne peut être résolu de manière catégorique et nécessite un examen plus minutieux.

Aussi bien, ces critiques ne sauraient-elles faire oublier l'esprit dans lequel le problème des rapports de l'ordre et de la responsabilité a été traité par M. Duguit et que s'est efforcé de traduire l'exposé fait précédemment, notamment quand on considère la pensée de cet auteur sous sa forme achevée : la responsabilité pécuniaire des agents n'est pas un principe théorique mais une notion vivante, susceptible d'être mise en jeu, susceptible de développement ; l'acte dommageable, résultat de l'ordre hiérarchique, demeure une faute personnelle,

---

que la loi elle-même n'est obligatoire que si elle est conforme à la règle supérieure du droit non écrit. » (*Op. cit.* p. 493, note 2).

quand bien même une atténuation de fait serait possible ; l'ordre reste en soi, sans effet direct sur la responsabilité personnelle.

C'est cette partie de la pensée de l'éminent auteur qu'il convient de retenir. On verra que, si l'on peut opposer à une partie de sa thèse une jurisprudence constante dont la tendance est à l'exonération totale de responsabilité pour le fonctionnaire obéissant, il n'en reste pas moins que l'attitude du Tribunal des Conflits, dans un certain nombre d'espèces, attitude à laquelle on ne pourrait reprocher que sa timidité, est venue confirmer un aspect de la pensée de M. Duguit, l'aspect le plus général.

III. Thèse de M. Carré de Malberg, prolongement de celle de M. Duguit. — L'examen de la thèse de M. Carré de Malberg (13) ne révèle pas ce souci que l'on a noté chez M. Duguit, d'animer la notion de responsabilité personnelle. Voici l'essentiel de la théorie élaborée par cet auteur :

1° Le pouvoir hiérarchique s'analyse en une manifestation particulière du pouvoir ordinaire d'exécuter les lois ; les ordres hiérarchiques du chef de service ne sauraient se rapporter qu'aux actes qui, légalement, sont du ressort de celui-ci.

2° La nécessité pratique d'assurer l'unité d'action et de direction dans l'Administration, jointe à cette considération d'ordre juridique que « l'ordre de service général ou individuel se rattache en principe à quelques lois dont il déduit certaines conséquences », impose le non-respect aux ordres qui constituent une violation ouverte et directe des

(13) *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1920, t. 1, p. 521-523.

lois. « La puissance hiérarchique n'étant qu'un auxiliaire au pouvoir d'exécuter les lois cesse de se concevoir dès qu'il n'y a plus de lois à exécuter ». Mais le devoir d'obéissance demeure pour les ordres reposant sur des textes douteux.

3° Au reste, il faut encore distinguer entre les ordres de service dont l'exécution est susceptible de produire effet à l'égard des administrés auxquels la théorie développée ci-dessus s'applique seule et les ordres concernant le service intérieur; à ceux-ci, on peut toujours trouver un fondement plus ou moins lointain : leur force obligatoire est évidente.

M. Carré de Malberg cite, à l'appui de sa thèse, les articles 114, 184 et 190 du Code Pénal qui affranchissent le subalterne de la peine applicable à son acte quand il peut justifier « qu'il a agi par ordre de ses supérieurs, pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique » ; ces textes consacreraient cette idée que l'agent aurait dû et en tout cas pu ne pas obéir.

§ 2. — *Thèse de M. Nézard.*

M. Nézard (14) affirme comme le Doyen Duguit le principe de la suprématie de la loi : le fonctionnaire est soumis à la loi et non à l'ordre hiérarchique ; mais cet auteur assure que le problème de la faute, conséquence de l'ordre, doit être résolu à partir d'une distinction qu'il qualifie, à la suite

---

(14) Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique* (*Thèse*, Paris 1901); dans le même sens : Perreau, Note au *Sirey* 1896.1.473.

de M. H. Berthelemy, de fondamentale, naturelle, nécessaire, souvent absolue : celle des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion.

Les fonctionnaires d'autorité (fonctionnaires politiques, magistrats de l'ordre judiciaire, agents de la force publique, etc...) assurent l'ordre et la sécurité de l'Etat ; ils ont un pouvoir très large, ils détiennent une partie de la puissance publique et disposent d'une grande liberté. Pour ces fonctionnaires, dit M. Nézard, « l'exécution est plus leur fait personnel que celui du supérieur : la faute leur est donc propre puisqu'elle est commise dans le choix des moyens d'exécution » (15). L'affirmation de cette responsabilité personnelle du fonctionnaire d'autorité est d'autant plus nécessaire que l'obéissance passive serait ici extrêmement dangereuse et susceptible, « en enlevant au fonctionnaire le souci de sa propre responsabilité, dans la violation de la loi, d'ouvrir la porte au coup d'Etat » (16).

Les fonctionnaires de gestion (Chefs de division, de bureaux, employés de Ministères, des Préfectures, secrétaires de Mairie, ingénieurs et conducteurs des Ponts et Chaussées, agents-voyers, professeurs des trois ordres d'enseignement, employés des P. T. T., des Chemins de fer de l'Etat, etc...), fonctionnaires techniques selon l'expression de M. Berthelemy, ont une liberté bien moindre dans l'exécution des ordres des supérieurs, ils sont liés par ces ordres ; ils sont soumis aux règles du droit privé. Il ne saurait être question, pour eux, de responsabilité personnelle : « l'acte de l'inférieur

---

(15) *Op. cit.*, p. 726.
(16) *Ibid.*, p. 725.

devient entièrement l'acte du supérieur, c'est-à-dire un acte administratif qui, s'il est dommageable, constitue une faute de service. » (17)

Pour M. Nézard, un tel système présente le maximum d'avantages : 1° il rend possible le maintien de l'obéissance passive dans tous les cas où elle s'impose ; 2° il permet l'affirmation de la responsabilité dans les cas où l'excès est le plus à craindre ; 3° il rend très exactement compte de la jurisprudence.

Il ne paraît pas opportun de critiquer cette thèse dans le détail ; dans son essence elle mérite les mêmes objections que celles adressées le plus communément à la thèse du Doyen Duguit ; quant à la distinction sur laquelle elle se fonde, elle a trop souvent été attaquée pour qu'il soit besoin de montrer, encore une fois, qu'elle ne repose sur aucune base légale (18).

le note son auteur, la jurisprudence a paru, un

Si cette thèse a été mentionnée c'est que, comme moment, s'orienter vers la distinction des fonctionnaires en deux classes, ainsi qu'on le verra ultérieurement.

§ 3. — *Doctrine de M. Jèze.*

I. Exposé. — Il existe une parenté certaine entre la pensée de M. Jèze (19) et celle de M. Duguit : les

(17) *Ibid.*, p. 727.

(18) Voir notamment : Duguit, *Etudes de Droit Public*, t. 2, p. 397 et s.; Conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sous l'affaire Olivier et Zimmermann (*C. d'E.*, 27 février 1903, *S.*, 1905.3.17) et du commissaire du gouvernement Teissier sous l'affaire Feutry (*Confl.*, 29 fév. 1908, *S.*, 1908.3.97).

(19) Jèze, *Cours de Droit Public*, 1923 (Licence) : Le fonctionnement des services administratifs, p. 78.

ordres illégaux ou ceux qui n'ont pas pour but l'intérêt général de la fonction et le bon fonctionnement du service ne doivent pas être obéis par les agents subordonnés lorsque ceux-ci, après l'examen des ordres, se sont aperçus de ces manquements à la légalité et à l'intérêt général (20). « Le devoir fonctionnel des agents subordonnés est de ne pas exécuter les ordres ; ils émanent d'agents publics incompétents. » C'est la garantie du respect de la légalité. « Mais, au cas de légalité douteuse, l'agent tiendra l'ordre comme régulier ; puisqu'il y a possibilité d'interprétations diverses, « aucune bonne raison n'existe pour que l'interprétation du subordonné l'emporte sur celle du supérieur. Décider le contraire serait, sous prétexte de garanties

---

(20) Bien que la doctrine allemande parte de principes fondamentalement différents, analogues à ceux du doyen HAURIOU (existence d'un devoir particulier d'obéissance des fonctionnaires, l'ordre du supérieur c'est la loi pour le subordonné), on ne peut s'empêcher de la rapprocher de la théorie de M. JÈZE; elle comporte, elle aussi un examen, au moins chez l'un de ses représentants (LABAND, *Le Droit public de l'Empire allemand*, t. 2, édition française, p. 151). Cette analogie de l'esprit des deux doctrines se retrouvera d'une façon évidente à propos de l'examen que le militaire doit opérer sur l'ordre reçu (Voir Deuxième Partie, Chap. I). Dans la « Prufungsbefugniss », théorie du droit d'examen, vérification de l'ordre au point de vue formel, soutenue notamment par LABAND et FREUND (*Archiv für öffentliches Recht*, t. 1, p. 108 et 355), l'examen de la légalité comprend trois phases : 1° L'autorité a-t-elle compétence réelle et locale pour donner l'ordre ? ; 2° Le fonctionnaire qui reçoit l'ordre est-il compétent pour l'exécuter ? ; 3° L'ordre est-il régulier en la forme ? Le fonctionnaire doit obéir si ces trois conditions sont réunies.

La « Remonstrationstheorie », théorie de la réitération de l'ordre, défendue en particulier par BLUNTSCHLI, a été rapidement abandonnée : le fonctionnaire qui avait reçu un ordre pouvait en demander confirmation au supérieur qui l'avait donné. Si l'ordre était réitéré, le fonctionnaire était couvert; l'ordre devenait définitivement obligatoire. (Voir J. BARTHÉLEMY, *op. cit.*, p. 528-532).

à la légalité, introduire dans l'Administration l'indiscipline et l'esprit de chicane, développer les tendances à l'inertie déjà si grandes dans toutes les bureaucraties. »

On retrouve donc la thèse de M. Duguit avec une légère différence.

Mais c'est d'une manière plus directe que M. Jèze a résolu le problème de l'ordre hiérarchique lorsqu'il l'a envisagé, avec sa vigueur habituelle, sur le terrain jurisprudentiel et sur le plan purement juridique.

En terminant l'un de ces véritables articles de fond que constituent les « Notes de Jurisprudence » publiées par M. Jèze dans la *Revue du Droit Public* (21), cet auteur a voulu montrer, en une courte étude de trois espèces importantes, l'indifférence de l'ordre hiérarchique sur le caractère de l'acte dommageable.

L'arrêt Vincent (22) est cité en premier lieu : une lacération d'affiches ayant été pratiquée en vertu des instructions du ministre de l'Intérieur, le préfet soutenait qu'il y avait là un acte administratif accompli par des fonctionnaires et agents comme représentants du pouvoir central ; la connaissance de cet acte échappait à l'autorité judiciaire. Le ministre soutenait également devant le Tribunal des Conflits le caractère gouvernemental de l'acte incriminé et la compétence du Parlement pour déterminer les responsabilités. Cependant, le tribunal de police correctionnelle de Paris affirme sa compétence. Le Tribunal des Conflits, se basant sur l'article 17 de la loi du 29 juillet 1881 qui, non

(21) *R. D. P.*, 1909, p. 271-274.
(22) Confl., 15 février 1890, précité.

seulement réprime la lacération d'affiches électorales commise par des particuliers, mais vise expressément le cas où elle serait commise par des fonctionnaires, a déclaré l'autorité judiciaire compétente pour connaître de l'action. « ...La lacération, même accomplie sur l'ordre du ministre de l'Intérieur, ne saurait revêtir le caractère ni d'un acte administratif, ni d'un acte de gouvernement... ».

La seconde espèce est l'affaire Mohammed ben Belkassem (Confl., 11 juillet 1891, *R.*, p. 543. *S.*, 1893.3.65 note Hauriou, *D. P.* 1892.3.125) où il s'agissait de l'expulsion d'un indigène hors de sa tribu par un caïd algérien chargé de l'administration d'une commune mixte. A l'occasion du recouvrement de l'impôt eurent lieu des faits d'expulsion des propriétaires de la terre, de destruction de gourbi et d'une partie des récoltes, du vol de l'autre partie suivi de l'arrestation de certains habitants. La situation du caïd était assimilable à celle d'un maire exécutant les ordres d'un sous-préfet.

Pour soustraire le caïd à la compétence judiciaire, le préfet d'Alger faisait valoir dans son déclinatoire de compétence que l'agent incriminé « avait procédé à l'expulsion en vertu des ordres de l'administrateur de la commune mixte qui, par application de la loi du 27 juin 1888 sur l'indigénat, a accompli un acte administratif dont l'appréciation échappe à l'autorité judiciaire ». Cependant, le Tribunal des Conflits affirma la compétence de l'autorité judiciaire, en qualifiant les actes reprochés de « faute personnelle, distincte de tout acte administratif ».

La même solution a été donnée dans l'affaire

Saffroy (23) (Confl., 24 novembre 1894, *R.*, p. 629, *D. P.*, 1896.3.10). Il convient de rappeler les faits constitutifs d'une espèce importante que l'on retrouvera ultérieurement. Un huissier avait emprunté un tombereau à un particulier afin de pratiquer une saisie sur le poisson provenant d'un lac de l'Etat ; un conducteur des Ponts et Chaussées, le sieur Saffroy, s'opposa à cette saisie et l'huissier dut se retirer en abandonnant le véhicule. Le sieur Saffroy l'utilisa à plusieurs reprises afin de procéder à l'enlèvement du poisson pour le compte de l'Etat. Un procès fut intenté par le propriétaire du véhicule à l'huissier qui appela Saffroy en garantie ; conflit. Le Tribunal des Conflits a rejeté l'argumentation du conducteur des Ponts et Chaussées et celle du préfet qui, invoquant l'ordre hiérarchique, déclinait la compétence judiciaire. « ...Considérant que, si le ministre des Travaux Publics, par une dépêche en date du 29 octobre 1887, avait prescrit aux agents des Ponts et Chaussées de veiller à ce que le poisson contenu dans les réservoirs dont il s'agit ne fut pas enlevé sans une autorisation formelle de l'Administration, l'exécution des instructions données dans cette dépêche ne rendait pas nécessaires les actes reprochés au sieur Saffroy; que ces actes considérés en eux-mêmes n'ont pas le caractère administratif et que ce caractère ne peut leur être reconnu ni à raison de l'approbation qui leur aurait été donnée ultérieurement par les chefs du sieur Saffroy... ».

Sur le plan de la discussion purement juridique, M. Jèze a envisagé le problème de l'ordre hiérarchique dans ses rapports avec la responsabilité per-

---

(23) Conclusions de M. Marguerie; rapport de M. Sarrut.

sonnelle sur la base de la seule réalité juridique du règlement (24).

Le règlement est seul juridiquement obligatoire et il importe de définir quelques-unes des nombreuses expressions employées par les administrateurs (instructions, circulaires, ordres de service, dépêches, arrêtés, décisions, règlements). Les instructions générales, les ordres de service généraux, les circulaires, ne sont pas des règlements ; elles peuvent être adressées même par des agents qui n'ont pas le pouvoir de faire des actes juridiques. Les instructions individuelles, les ordres individuels de service ne sont pas des actes juridiques ; ce ne sont que des « conseils impératifs » : « Si l'ordre individuel de service était un acte juridique, il en résulterait, politiquement, que l'utilité de la division des compétences et de la hiérarchie serait diminuée. L'acte de l'agent subordonné, en exécution de l'ordre individuel de service, ne serait que la ratification de cet ordre de service. » (25) L'une des conséquences les plus importantes de la distinction établie par M. Jèze c'est l'impossibilité pour un fonctionnaire ayant accompli un acte en vertu d'un ordre de service ou d'une instruction générale de se retrancher derrière l'orde : « le juge n'a pas à en tenir compte ; il doit apprécier l'acte de l'agent subordonné comme s'il avait été accompli spontanément. » (26) Quelques arrêts sont cités à l'appui de cette thèse, arrêts qui dénient à l'ordre

---

(24) *Cours de Droit public* (Licence), p. 66 et s.; *Principes généraux du droit administratif*, 1930, II, p. 118 et s.

(25) *Cours de Droit public*, p. 68.

(26) *Cours*, p. 69.

toute influence sur la responsabilité personnelle (27).

II. Discussion. — Une telle théorie est, on le conçoit malgré la brièveté avec laquelle elle a été exposée, beaucoup plus nuancée que celle du Doyen Duguit et de M. Carré de Malbèrg et il est regrettable que M. Jèze ne lui ait pas donné tout le développement qu'elle mériterait.

Cependant, outre les reproches faits à la thèse de M. Duguit dans la mesure où elle rejette la notion traditionnelle de hiérarchie, les critiques suivantes, très sérieuses, peuvent lui être adressées:

1° On ne peut prendre en considération la décision Vincent qui pose un cas de violation formelle de la loi pénale. Elle trouvera sa place normale dans la matière de la responsabilité pénale.

2° L'interprétation donnée, de toutes les autres décisions jurisprudentielles dont il est fait état, ne repose sur aucun fondement. D'une part, la jurisprudence ne dit pas que l'ordre est une circonstance insusceptible, dans toutes les hypothèses, d'influer sur la responsabilité personnelle ; au tribunal judiciaire de dire dans quelle mesure la responsabilité est influencée par l'ordre, telle est la seule signification des arrêts.

D'autre part, la jurisprudence ne pose pas que la responsabilité de l'agent dans les espèces où elle est retenue l'est parce que, seul, le règlement a une réalité juridique. On montrera ultérieurement

---

(27) C. d'E., 7 juillet 1905, Vittoriani, *R.*, p. 611; Confl., 5 novembre 1880, Marquigny, *R.*, p. 796, 802; C. d'E., 20 mai 1887, Prince d'Orléans et Prince Murat, *R.*, p. 409; Confl., 25 mars 1889, précité, concl. Valabrègue.

le vrai sens de l'attitude du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat.

3° Quant à la partie constructive de la théorie de M. Jèze qui aboutit à la mise hors du droit de la majorité des instructions et ordres, elle touche certainement à l'un des problèmes les plus difficiles du droit administratif (28) ; les limites dans lesquelles ce travail doit se tenir ne permettent pas de l'aborder de façon principale. Qu'il soit permis, cependant, de faire les quelques remarques suivantes sur un problème qui a donné lieu à bien des controverses fuyantes et stériles (29).

Quelles sont les autorités auxquelles il faut reconnaître le pouvoir de prendre des dispositions dont on puisse dire qu'elles aient la valeur de règle de droit ? La réponse est d'autant plus délicate que M. Jèze dénie au ministre « le pouvoir de déléguer à qui que ce soit une partie de son pouvoir de décision » ; cependant, il existe au sein de l'Administration des agents qui possèdent un indéniable pouvoir de réglementation intérieure.

De plus, on peut se demander : quand un acte

---

(28) La négation de la réalité juridique des ordres intérieurs a été formulée par le Doyen Duguit d'une façon beaucoup moins nette. M. Moreau (*Le Règlement administratif*, Paris, 1902), grâce à une large définition du pouvoir réglementaire (le règlement est défini : « toute règle obligatoire imposée par une autorité publique autre que le Parlement ») insère dans le système juridique tous les ordres intérieurs ayant le caractère de règles de droit.

(29) M. Carré de Malberg a fait remarquer (*Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français*, 1933) qu'elles auraient pu être évitées par une nette distinction entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir hiérarchique et par l'exclusion de la distinction allemande des points de vue formel et matériel en matière réglementaire.

sera-t-il vraiment susceptible d'être considéré comme ayant été pris par une autorité investie du pouvoir réglementaire ? Il n'est pas douteux que la réponse du Doyen Hauriou (30) s'impose : la véritable caractéristique du pouvoir réglementaire consiste dans une attribution formelle à une autorité ; « c'est de la Constitution et de l'organisation administrative que les autorités administratives ont reçu leur pouvoir réglementaire » (31).

Enfin, l'examen des faits montre qu'il est inadmissible de rejeter hors de l'ordre juridique les mesures nombreuses prises par les autorités non investies du pouvoir réglementaire ou des manifestations non assimilables aux règlements : pratiques, coutumes du service (32).

§ 4. — *Théorie du Doyen Hauriou.*

I. Exposé. — Pour le Doyen Hauriou (33) qui attribue, on le sait, une extrême importance à la hiérarchie dans l'organisation de l'Etat, le fonctionnaire doit obéissance préalable à l'ordre du supérieur (34). Ce devoir d'obéissance prime celui d'obéir à la loi ; un fonctionnaire doit se plier d'abord à la discipline administrative : il n'y a

(30) *Précis de droit aāministratif et de droit public,* 1933, p. 556; voir aussi C. de Malberg, *Théorie générale de l'Etat,* I, p. 571.

(31) Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur administratives* (*Thèse,* Paris, 1934, p. 361).

(32) Rivero, *op. cit.,* p. 362 et s.

(33) *Précis de droit administratif et de droit public,* diverses éditions. Voir notamment : 9e édit.; 11e édit., p. 322 et s. — *De l'autorité juridique du pouvoir politique,* appendice aux *Principes du droit public,* 2e édit., p. 799 et s.

pas de hiérarchie possible sans obéissance préalable aux ordres reçus. « Comme les agents inférieurs reçoivent de leurs supérieurs hiérarchiques des instructions auxquelles ils sont tenus d'obéir, il s'ensuit que ce sont les supérieurs hiérarchiques qui se chargent de l'interprétation des lois, que les agents inférieurs sont déchargés de ce soin et que, si leurs instructions sont en contradiction avec la loi, ils doivent obéir à leurs instructions plutôt qu'à la loi, réserve faite, bien entendu, des cas où leurs instructions tendraient à leur faire commettre des infractions formellement punies par la loi pénale, auquel cas ils devraient désobéir aux instructions pour obéir à la loi. » (35)

On ne suivra pas M. Hauriou sur le terrain d'une discussion sur le fondement philosophique de l'autorité ; les conceptions de cet auteur sur les notions d'autorité et de hiérarchie sont certainement les seules acceptables dans le régime administratif français, les seules compatibles avec l'esprit de la jurisprudence administrative et judiciaire qui n'a cessé de souligner l'existence d'un devoir spécial d'obéissance au supérieur, simple intermédiaire entre le subordonné et la loi.

---

(34) Dans le même sens : Lacanal, De la responsabilité des fonctionnaires publics envers les particuliers (*Revue Générale d'Administration*, 1884, p. 32) ; Jos. Willems, Essai sur la responsabilité édictée par les articles 1382, 1386 du C. C. (*Revue Générale du Droit*, 1895) ; Bluntschli, *Théorie générale de l'Etat*, p. 478 ; Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 1906, I ; Esmein, *Eléments de Droit Constitutionnel*, 5e édit., 1909, p. 37 ; Geny, Compte rendu (*Revue Critique*, 1901, p. 502 et s.) ; *Les procédés d'élaboration du droit positif*, 1910, p. 51 ; Larnaude, *Les méthodes juridiques*, 1910, p. 13 ; Saleilles, *La Personnalité juridique*, 1910, p. 547 et s.

(35) *Précis de Droit administratif*, 9e édit., p. 16 et s.

Mais on ne saurait se satisfaire d'une vue aussi sommaire sur la théorie de M. Hauriou. Dans une note très importante sur trois décisions relatives à des sonneries de cloches ordonnées par le maire pour un enterrement civil (Confl., 22 avril 1910, Préfet de la Côte-d'Or contre Abbé Piment, concl. Mérillon ; Confl., 4 juin 1910, Préfet de l'Aisne contre Abbé Mignon, concl. Chardenet ; C. d'E., 8 juillet 1910, Abbé Bruant, concl. Pichat) (36), M. Hauriou a été amené à serrer le problème de beaucoup plus près, à l'entrevoir sous son aspect le plus général et le plus pratique et par l'analyse des éléments constitutifs de l'ordre hiérarchique tel qu'il se présente dans la vie administrative journalière, il lui a donné un aspect vraiment vivant (37).

Le point de départ de cette analyse c'est l'existence d'une contradiction apparente qui se révèle à l'examen des trois espèces précédemment citées. D'un côté, le Tribunal des Conflits a jugé que l'ordre donné par le maire en dehors de tout arrêté municipal ne revêt pas le caractère d'un acte administratif ; de l'autre, le Conseil d'Etat affirme (3e espèce) que l'ordre du maire présente suffisamment le caractère d'un acte administratif pour être susceptible de recours pour excès de pouvoir.

M. Hauriou critique d'abord la substitution, dans les décisions du Tribunal des Conflits (1re et 2e espèces), de la notion d'acte ne présentant pas en lui-même le caractère administratif à la formule

---

(36) *S.*, 1910.3.129. *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits de 1892 à 1928*, t. 1, p. 604.

(37) L'exposé détaillé qui va suivre, d'une « note » en elle-même assez concise, a obligé de se tenir assez près du texte et a nécessité plusieurs citations intégrales.

traditionnelle de la circonstance détachable de l'acte administratif ; « à notre avis, écrit-il, cette matière doit être traitée comme toutes celles où il s'agit de recours parallèles. Pour ce parallélisme du recours pour excès de pouvoir et de l'action en responsabilité personnelle du fonctionnaire on doit user exactement de la même méthode que dans la matière du parallélisme du recours pour excès de pouvoir et de l'action en responsabilité de l'Administration pour faute de service. On doit distinguer entre le point de vue de la décision exécutoire et celui de l'exécution. » Il importe de distinguer ce point de vue de la décision exécutoire (recours pour excès de pouvoir) du point de vue de l'opération d'exécution (responsabilité de l'Administration pour faute de service, fait personnel de l'agent) qui constitue par elle-même ce que l'on qualifie traditionnellement de circonstance détachable de la décision exécutoire ; seul, le fait d'exécution, seules, les circonstances de l'exécution sont susceptibles d'entraîner des dommages. On s'explique alors l'absence, dans les deux premières espèces jugées par le Tribunal des Conflits de la formule « circonstance détachable », car l'ordre du maire a été envisagé non pas sous le point de vue de la décision exécutoire, mais sous celui de l'exécution de l'ordre. « En réalité, c'est l'exécution de cet ordre qui n'a pas le caractère d'un acte administratif et c'est le fait d'avoir fait exécuter cet ordre, ou de l'avoir laissé s'exécuter par la voie administrative qui constitue la circonstance détachable de l'acte administratif. » Le Conseil d'Etat, au contraire, dans la troisième espèce, a retenu le point de vue de la décision exécutoire prise par l'autorité administrative.

Tout ordre hiérarchique comprend donc deux

phases principales : décision exécutoire (mesures de préparation, également) et mesures d'exécution, décision envisagée, non plus à l'état d'exécution, mais à l'état exécutoire ; l'examen minutieux de la réalité conduirait même à distinguer trois « temps » successifs : la décision exécutoire, l'ordre de passer à l'exécution (qui se rattache à la phase exécution) et l'opération d'exécution. L'ordre de passer à l'exécution constitue, selon le mot de M. Hauriou, la pause ; c'est le temps de transmission à l'agent d'exécution ; à partir de ce moment il y a possibilité de faute personnelle, de faute lourde de l'autorité ; dès cet instant, il est possible que la décision produise des conséquences de droit différentes de celles qu'elle produit à l'état exécutoire. Un double examen de l'ordre va s'opérer pendant cette pause sur la décision exécutoire, essentiellement révocable. L'autorité aura le recul nécessaire pour procéder à l'appréciation raisonnée d'un ordre donné parfois rapidement, par suite des circonstances ; l'agent subordonné, prenant connaissance de l'ordre, pourra présenter les observations que lui suggèrent la connaissance de sa tâche ou même la logique (38).

Cette dissociation idéale n'existe, à coup sûr, qu'avec l'ordre écrit ; elle n'existe plus au cas d'ordre verbal ; la responsabilité personnelle de l'autorité qui a pris une décision se trouvera alors plus souvent, plus facilement engagée. M. Hauriou recommande donc la prudence aux administrateurs, la soumission à la tradition administrative qui consiste à prendre des décisions écrites afin de dissocier parfaitement l'élément de décision exécu-

---

(38) Ce n'est pas un examen de la légalité de l'ordre.

toire de l'élément de passage à l'exécution qui constitue le fait personnel.

Pourquoi dans les décisions du Tribunal des Conflits l'ordre de passer à l'exécution est-il constitutif de faute personnelle et non de fait de service ? Parce que le maire a négligé d'employer les procédures qui sont habituelles à l'Administration. « négligence d'autant plus blâmable que ces procédures étaient particulièrement prescrites par un texte de loi et qu'ainsi il est sorti du cercle de ses attributions, commettant à la fois une voie de fait par défaut de procédure et un fait personnel » ; cette réponse conduit le Doyen Hauriou à établir les propositions suivantes :

1° Il est absolument indispensable de circonscrire les pouvoirs des autorités administratives, pouvoirs qui sont en eux-mêmes exceptionnels par rapport au droit commun. La responsabilité des administrateurs sera donc engagée d'après les principes du droit commun ou d'après les principes administratifs suivant qu'ils auront ou non franchi « le cercle exceptionnel de leurs attributions ».

2° Les dispositions légales ou réglementaires fixant et les compétences des administrations publiques et les procédures consacrées pour l'exercice des droits déterminent très nettement l'étendue de ce cercle exceptionnel des attributions administratives. La violation de ces compétences et de cette procédure correspond aux actes qualifiés voie de fait et responsabilité personnelle par défaut de droit, voie de fait et responsabilité personnelle par défaut de procédure.

3° Dans les espèces jugées par le Tribunal des Conflits, il y avait manquement à un certain nombre de règles traditionnelles : décision verbale,

décision particulière non précédée d'une règle générale préalablement posée par la loi, la coutume ou le règlement administratif ; sans doute, écrit M. Hauriou, cette dernière exigence « n'a jamais été formulée comme règle de droit positif ; mais il est infiniment probable qu'elle le sera et nos décisions du Tribunal des Conflits seront invoquées comme une première démarche de la jurisprudence en ce sens ».

II. Discussion. — On admettra, sans conteste possible, comme il vient de l'être dit précédemment, que le subordonné a toujours le devoir juridique d'obéir à l'ordre et qu'il ne peut y avoir de saine conception de la hiérarchie sans obéissance préalable des fonctionnaires aux ordres reçus par eux. Mais on comprend, à la lumière de la note de M. Hauriou, que cela ne signifie pas que l'agent puisse en attendre une exonération automatique de responsabilité : obéissance préalable n'est pas synonyme d'absence de libre arbitre, d'inintelligence de l'agent d'exécution ; les règles de l'administration civile sont moins strictes que celles de l'administration militaire.

Sans doute, la note du Doyen Hauriou a-t-elle pour but essentiel de dégager les éléments constitutifs d'une responsabilité des administrateurs ; elle fait peu de cas de la responsabilité de l'agent d'exécution au cas d'existence d'ordre : peut-être est-ce parce que M. Hauriou songe d'abord au problème de l'ordre illégal, forme primitive de sa pensée, qu'il devait dresser en face de la thèse de M. Duguit. Mais il n'est pas douteux que l'on puisse conclure à une prise de position implicite à l'égard du problème de la responsabilité de l'agent d'exécution. L'ordre constitue un véritable filtre des

responsabilités. Au reste, il faut renoncer à voir dans les théories de ces deux adversaires relatives à l'ordre, des attitudes radicalement opposées. La seule différence de principe indiscutable c'est que, pour M. Duguit, l'ordre reste en soi sans effet direct sur la responsabilité, encore que dans les faits l'on puisse tenir compte d'une possibilité d'atténuation; pour M. Hauriou, l'ordre est en soi une cause d'exonération de responsabilité, mais il ne doit être retenu en pratique, c'est-à-dire dans les cas les plus généraux, ceux d'ordre de légalité douteuse ou ceux dont les conséquences dommageables étaient imprévisibles, que comme une cause théorique d'exonération de responsabilité nécessitant une adaptation aux faits. Cette adaptation consiste principalement dans l'examen des éléments constitutifs de l'ordre qui apparaît ainsi comme un moyen pour déceler la part de responsabilité imputable au donneur d'ordre et implicitement à l'agent d'exécution. Il existe donc entre les deux thèses en présence considérées sous leurs formes achevées, un point commun ; parties de l'énoncé d'un principe fondamental différent, les deux thèses se confondent un moment pour diverger ensuite de nouveau; l'ajustement se fait au niveau de l'affirmation de la responsabilité du donneur d'ordre, affirmation qui relève chez M. Duguit de la phase primitive de sa doctrine, exclusive de toute atténuation de fait, et chez M. Hauriou de la phase définitive de la mise en jeu des responsabilités.

Il vient d'être parlé de responsabilité implicite de l'agent d'exécution ; en effet, au cours de la « pause », l'agent a pu présenter des observations raisonnables, dans les limites professionnelles ; dans l'opération d'exécution elle-même on est en droit d'exiger non seulement l'absence de faute

lourde, mais un minimum d'adaptation de l'ordre aux circonstances, un minimum d'initiative. Il semble même que tout ce qui ne pourra pas être retenu à la charge de l'administrateur en ce qui concerne la conformité de sa conduite aux règles traditionnelles constituera un ensemble de présomptions aggravant la situation de l'agent d'exécution, sous le rapport de sa responsabilité : il a reçu, par exemple, un ordre écrit s'appuyant sur une règle générale préalablement posée.

L'incapacité, la négligence, restent très souvent, il faut bien en convenir, à la base d'un certain nombre de faits dommageables qualifiés faits de service par la jurisprudence ; ils seraient, à coup sûr, susceptibles d'être envisagés comme des faits personnels irréductibles malgré l'existence d'un ordre et peut-être à cause de cette existence, faits dont est responsable le fonctionnaire seul ou plutôt, comme l'écrivait M. Hauriou, « même pas le fonctionnaire mais l'homme ».

Toutes ces considérations, on les retrouvera à l'occasion de l'examen de la solution du Tribunal des Conflits, de la nouvelle orientation qu'elle peut donner à un problème important, orientation souhaitable à des titres divers, ne serait-ce que dans la mesure où elle apporterait dans la technique juridique quelques éléments pour l'élaboration d'une théorie rationnelle de la responsabilité civile des agents publics.

L'examen de la jurisprudence montrera en outre que les prévisions par lesquelles M. Hauriou terminait son exposé ne se sont pas réalisées ; elle ne s'est pas livrée à une dissociation des éléments constitutifs de l'ordre qui aurait pu constituer l'un des moyens susceptibles de la conduire à une exacte

appréciation de l'influence de l'ordre hiérarchique sur le problème de la responsabilité personnelle.

§ 5. — *Théorie de M. J. Barthélemy.*

M. J. Barthélemy (39) s'est borné à conclure, après l'énumération d'un certain nombre d'espèces jurisprudentielles choisies parmi les décisions des Tribunaux judiciaires, du Conseil d'Etat, du Tribunal des Conflits, à la dénaturation du caractère juridique de l'acte accompli sur ordre hiérarchique, toutes les fois que l'ordre a été admis comme constituant une excuse ; l'ordre hiérarchique peut transformer et transformera souvent en fait de service, susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, une faute qui sans cet ordre aurait le caractère d'une faute personnelle. Cette solution témoigne selon l'éminent publiciste, de la continuité de la conception française. La jurisprudence postérieure au décret-loi du 19 septembre 1870 « ne pouvait pas avoir pour effet de creuser un abîme à un moment de l'évolution du droit public français » (40) ; nécessairement, la jurisprudence française devait rester imprégnée de cette idée que l'ordre détruit la responsabilité personnelle de l'agent.

M. Duguit a critiqué cette conception en la replaçant sur un plan différent de celui qu'elle prétendait occuper : ou l'acte est distinct du service et alors c'est un acte personnel qui s'en détache com-

(39) *Op cit.*, p. 491 et s.

(40) *Ibid.*, p. 537. On aura l'occasion de revenir sur la pensée de M. J. Barthélemy par la suite.

plètement ; ou bien il revêt l'apparence d'un acte fonctionnel mais « il reste cependant étranger à tout service public à raison de son objet ou de son but ; le fait qu'il est accompli sur ordre ne peut avoir pour conséquence de lui donner un objet ou un but de service public et de le transformer en acte de service » (41).

Il est préférable de maintenir la discussion sur le plan où M. J. Barthélemy s'était placé. Est-il permis de voir dans les espèces jurisprudentielles citées par cet auteur la confirmation de sa pensée ?

On doit répondre que, pour une partie, les conclusions de M. J. Barthélemy sont exactes et le seul reproche que l'on puisse leur adresser est de n'avoir pas discerné l'originalité de l'attitude de la jurisprudence des Tribunaux judiciaires et du Tribunal des Conflits par rapport à celle du Conseil d'Etat.

Les pages qui suivent vont s'efforcer de la dégager, soit en s'appuyant sur des espèces déjà citées par M. J. Barthélemy, soit en examinant des espèces plus récentes.

---

(41) Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2e édit., t. III, p. 286 et s.

CHAPITRE III

Examen de la jurisprudence

Section I

PREMIÈRE PÉRIODE

La jurisprudence paraît avoir appliqué, vers 1880-1896, la distinction entre les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion. Sa portée a été définie au cours de l'examen des idées de l'un de ses tenants, M. Nézard. Elle n'offre, aujourd'hui, qu'un intérêt historique. Cependant, on peut remarquer que, selon les données les plus générales de la jurisprudence actuelle, les fonctionnaires de gestion, présentés dans cette théorie comme étant soumis aux règles du Droit privé et ne répondant pas des actes dommageables commis dans l'accomplissement d'un ordre hiérarchique, correspondent, dans une certaine mesure, aux agents techniques, agents d'exécution, soumis à une obéissance stricte. Les principales décisions qui font application de cette distinction ont été résumées ci-dessous :

1° Actes dommageables de fonctionnaires de gestion : faute de service.

— Confl., 7 juillet 1883, Dalmassy, *S.*, 1885.3.42. (Engagement pris devant le jury d'expropriation par un conducteur des Ponts et Chaussées sur l'ordre de ses supérieurs alors que l'exécution de cet engagement est la cause d'un dommage).

— Confl., 25 mars 1889, Usannas-Joris 2e arrêt, *S.*, 1891.3.32, précitée. (Liberté laissée par un receveur des Postes au préfet, agissant en vertu de l'article 10 C.I.C., de saisir des circulaires et portraits d'un chef de parti politique, bien que cette saisie fut illégale en fait.)

— Confl., 1er juin 1889, Cauvet, *R.*, p. 692, *S.*, 1891.3.73. (Révocation d'un commis aux écritures par la direction d'une Maison Centrale agissant sur ordre du ministre. Les meubles du commis, qui occupait un logement dans la Maison Centrale, ont été jetés à la rue sous une pluie battante.)

2° Actes dommageables de fonctionnaires d'autorité : faute personnelle.

— Montpellier, 3 juillet 1886, *S.* 1889.2.185. (Expulsion de la salle des séances, d'un conseiller municipal, exécutée par le maire avec l'aide des agents de la force publique.)

— Confl., 25 mars 1889, précitée. (Saisie opérée illégalement dans l'affaire Usannaz-Joris par le préfet, même sur l'ordre du ministre de l'Intérieur.)

— Confl., 11 juillet 1891, Mohamed ben Belkassem, précitée.

— Cass. Crim., 20 février 1896, Loumagne, *S.*, 1896.1.473, note Perreau. (Insertion par un maire au tableau rectificatif des motifs pour lesquels il opère la radiation d'un électeur, motifs étrangers à l'objet légal de la publication du tableau.)

Section II

DEUXIÈME PÉRIODE

§ 1. — *Tribunaux judiciaires.*

Les Tribunaux judiciaires se sont, en général, refusés à admettre la responsabilité personnelle du fonctionnaire ayant agi sur ordre hiérarchique ; ils se sont montrés très respectueux du principe de la séparation des autorités. M. J. Barthélemy, dans l'étude précitée de la *Revue du Droit Public*, parle de l'esprit « administratif » des Tribunaux judiciaires auquel il attribue leur jurisprudence ; les Tribunaux civils sont sans indépendance et obéiraient avant tout, selon cet éminent auteur, à des préoccupations de carrière. C'est un jugement qui paraît sévère. Les Tribunaux judiciaires pensent d'abord que l'appréciation de la conduite du subordonné dépasse leur compétence, car elle les entraîne à l'appréciation de la conformité de la conduite de l'agent avec l'ordre, mesure administrative dans la plupart des cas.

A cet égard, il convient de noter en premier lieu un ancien arrêt de 1876 (Cass. Civ., 4 avril 1876, Contrib. Ind. contre Labarre, Brunet et c. Vigou-

reux, *S.*, 1877.1.62) qui dispose qu'à « l'autorité administrative seule appartient le pouvoir de rechercher si l'administration ou ses agents ont agi dans la limite des instructions qu'ils ont reçues » (1). Dans un arrêt de la Cour d'Agen du 24 mars 1903 (*S.*, 1904.2.167), la responsabilité d'un percepteur qui, par ses renseignements défavorables donnés au préfet avait empêché l'un de ses commis de se présenter à un concours administratif, n'a pas été retenue « attendu que, déférant aux instructions de son supérieur hiérarchique, le préfet, auquel il était tenu d'obéir, il remplissait par suite un acte de sa fonction ». L'ordre hiérarchique donne le caractère administratif à l'acte de l'agent subordonné.

A propos des nombreuses décisions intervenues au sujet des mesures de publicité que les maires doivent faire pour la rectification des listes électorales, une des plus caractéristiques a été rendue dans l'affaire Lasserre (Cass., 20 décembre 1906, confirmant Pau 4 novembre 1905, *S.*, 1907.1.157). Il n'y a pas de responsabilité personnelle du maire lorsque celui-ci peut invoquer les ordres ou les instructions de l'administration supérieure (2).

L'affaire des époux Delpech-Salgues (Cass., 22 janvier 1907, *S.*, 1910.1.245, et C. d'E., 20 janvier 1911, *S.*, 1911.3.137, Note Hauriou) a donné lieu, également, à une décision remarquable : un maire ayant agi conformément aux instructions du Conseil municipal par crainte de troubles dans la

(1) Dans le même sens: Toulouse, 21 juillet 1909, *S.*, 1911.2.282. — Laval, 3 décembre 1909, *Gaz. Palais*, 12 janvier 1910. — Cass., req. rej., 19 décembre 1907.

(2) Dans le même sens : Paris, 7 août 1905, sous Cass. 10 mars 1903, *S.*, 1903.1.455.

commune et sous la pression de la population de cette commune, a refusé pendant cinq mois d'hiver la clef de leur logement à un ménage d'instituteurs; il les a relégués dans un hangar au détriment de la santé de leurs enfants et au préjudice de leur mobilier. Sa responsabilité est couverte par l'approbation tacite du préfet qui, loin de le suspendre de ses fonctions, a refusé sa démission.

La Cour de Cassation a, de plus, rejeté une action en responsabilité intentée contre le conseiller municipal détenteur des clefs de l'école et qui, sur ordre du maire, a refusé de les remettre à l'instituteur (Cass. Req. 22 janvier 1907, *S.*, 1910.3.249).

La position des Tribunaux judiciaires est donc très nettement définie ; elle s'inspire de deux considérations : 1° la faute commise dans l'accomplissement d'un ordre échappe à la compétence judiciaire puisque le jugement de cette faute implique la connaissance de l'ordre qui l'a provoquée (historiquement cette considération est la première qui soit intervenue) ; 2° le jugement d'une faute résultant de l'obéissance à un ordre échappe à la compétence judiciaire, puisque l'élément personnel qui permet de détacher la faute de l'opération administrative n'existe plus : la compétence administrative s'impose. Cette seconde considération est contemporaine du développement de la faute de service. Cependant, si ces deux idées conduisent au même résultat, elles n'en restent pas moins distinctes et dans les arrêts postérieurs à 1910 on note, chez les Tribunaux judiciaires, une tendance très nette à faire prévaloir la seconde de ces considérations.

En négligeant toutes les décisions où les Tribunaux civils emploient la formule générale « dans l'exercice de ses fonctions » pour ne retenir que

celles où il est fait état d'un ordre précis donné à l'occasion d'une circonstance déterminée, on peut citer tout d'abord, comme illustration de cette attitude des Tribunaux, deux arrêts de 1918 (Crim., 21 mars 1918, 1re espèce ; Req., 5 juin 1918, 2e espèce, *D. P.*, 1921.1.41, note Appleton). La même affirmation se retrouve dans un arrêt de la Cour de Lyon du 1er février 1928 (*D. H.* 247) qui consacre l'incompétence des Tribunaux civils quant à l'appréciation de la faute commise par fonctionnaire des P. T. T. en service commandé. Un arrêt du Tribunal civil de la Seine (section de Rouen) du 11 mars 1929 (*D. H.* 264) dispose que l'autorité judiciaire est incompétente pour connaître des actes d'un consul général qui, bien qu'entachés d'excès de pouvoir, ont été accomplis sur ordre. Une espèce jugée par la Cour de Paris le 8 novembre 1929 (*D. H.* 46) porte que « si le maire a ordonné la sonnerie de cloches en vertu d'un arrêté municipal annulé par un arrêté du Conseil d'Etat, mais avant que ledit arrêté lui ait été notifié, cet acte constitue un acte adminisratif dont il n'appartient qu'à l'autorité administrative de connaître ». Les termes de l'arrêt Mayer (Crim., 8 juin 1934, *D. H.* 398) ne sont pas moins formels : les Tribunaux judiciaires ne sont compétents pour statuer sur les actions exercées contre les agents des services publics à raison des ordres reçus que si le fait incriminé constitue une faute personnelle de l'agent ; « il n'en peut être ainsi d'un fait de service accompli en conformité d'un règlement administratif » ; il s'agissait, ici, d'une collision survenue entre une automobile et une auto-pompe conduite par un sapeur-pompier en service commandé.

On comprendra après l'examen de la jurisprudence du Tribunal des Conflits le sens profond de

l'attitude des Tribunaux judiciaires, et son analogie avec celle du Tribunal des Conflits.

§ 2. — *Conseil d'Etat.*

Avec l'organisation définitive du Tribunal des Conflits (loi 24 mai 1872), le Conseil d'Etat siégeant au Contentieux a compris que sa fonction de protecteur du bon fonctionnement de l'administration était terminée et qu'il était chargé, d'une façon générale, d'une mission plus féconde, de caractère vraiment juridique. Le pouvoir d'accorder ou de refuser les autorisations de poursuite lui a été enlevé ; cependant sa jurisprudence a continué à se développer dans le même sens que précédemment : l'ordre hiérarchique transforme le fait personnel en fait de service. Le Conseil d'Etat a vu là une occasion d'affirmer son rôle de guide, de contrôle de l'Administration française ; un certain nombre d'auteurs a noté, en outre, que l'influence des formules de Laferrière a été très forte sur le Conseil d'Etat. Il a retenu notamment sa définition de la faute personnelle, faute lourde, inexcusable, « celle qui, derrière le fonctionnaire, laisse apparaître l'homme avec ses passions, ses faiblesses, ses erreurs ». (Laferrière, *Traité de la Juridiction administrative,* 2e édit., t. 1, p. 648). Le fait personnel étant ainsi défini, il est bien difficile d'admettre que l'ordre hiérarchique soit sans effet sur la responsabilité du fonctionnaire obéissant ; tout naturellement, l'ordre vient supprimer la responsabilité de l'agent. C'est ce que le Conseil d'Etat a affirmé avec force lorsqu'il a eu à juger le service public.

Le premier arrêt que l'on puisse citer est celui du 26 novembre 1875 (Laumonier-Carriol, *R.*, p. 635,

D., 1876.3.4) ; le préfet, en faisant fermer sur l'ordre du ministre l'usine fabriquant des allumettes chimiques n'engage pas sa responsabilité personnelle.

Dans un arrêt du 13 mars 1908 (Commune de Boutevilliers, *R.*, p. 258), le Conseil d'Etat a affirmé encore plus nettement sa position en posant le principe de l'obéissance aux ordres reçus ; un fonctionnaire ne peut se refuser à accomplir un acte qui lui a été commandé en se basant sur son illégalité ; la question de sa responsabilité ne se pose donc pas. « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le préfet de Seine-et-Marne a mis en demeure le maire de la commune de Boutevilliers de publier le rôle supplémentaire des patentes... » le Conseil d'Etat a décidé qu'il n'appartenait pas au maire d'apprécier la régularité des actes qu'il était chargé de publier et que c'est à tort qu'il a refusé de procéder à ces publications.

Dans l'affaire déjà citée des époux Delpech-Salgues, le Conseil d'Etat a rendu le 20 janvier 1911 (*S.*, 1911.3.137, note Hauriou et *R. D. P.* 1911) un arrêt où il fait remarquer que le préfet ne s'est pas servi de son droit d'user de l'article 85 de la loi municipale du 5 avril 1884 et qu'ainsi, il paraît avoir couvert la responsabilité personnelle du maire.

Pour toutes les affaires où la responsabilité des services de police est susceptible d'être engagée, service de police administrative ou de police judiciaire, on a coutume de dire que le Conseil d'Etat exige pour affirmer la responsabilité de la puissance publique une faute lourde, une faute manifeste en raison de la tâche délicate qui leur incombe. Il semble que l'on pourrait aussi faire intervenir, à l'appui de cette attitude du Conseil

d'Etat, la notion d'ordre hiérarchique sous laquelle les agents de ces services vivent en permanence ; ils sont en permanence les instruments d'exécution d'ordres précis, s'imposant à eux d'une façon particulièrement stricte. Grâce à cette notion, la frontière habituelle entre la faute personnelle et la faute de service se trouvera, pour ces agents, considérablement reculée au profit de la faute de service. Les espèces sont nombreuses ; deux décisions relativement récentes suffiront à titre d'exemples : 1° celle du 8 novembre 1934 (Dame Pasquelin, 1re et 2e espèces, *R.*, p. 1023), rendue à propos d'un coup de feu tiré par un agent de police sur un passant qui fut mortellement atteint ; 2° celle du 21 février 1936 (Demoiselle Ducassé, *R.*, p. 232, *D. H.* 272), concernant l'interpellation d'une passante par un agent de police : « Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'aucun fait imputable à l'intéressée ne pouvait motiver l'interpellation de l'agent ; que ce dernier a agi sur l'ordre du maire... ».

Mais on aurait une vue incomplète de la position du Conseil d'Etat en négligeant les arrêts rendus en une matière un peu spéciale : ceux concernant les accidents survenus en service commandé, par le fait des fonctionnaires civils quand ces accidents mettent en jeu, au premier chef, la responsabilité civile. On ne relèvera parmi ces arrêts que ceux où la considération des « conditions particulièrement dangereuses de la circulation automobile » est exclue complètement pour ne signaler, parmi les plus récents, que ceux où l'ordre seul, donné à l'occasion du service, est retenu pour exonérer l'agent coupable d'un acte dommageable, de toute responsabilité.

Deux arrêts notables sont intervenus en 1936 :

l'arrêt Saulenc (12 février 1936, *R.*, p. 197) à propos d'un accident causé à un bicycliste par une voiture du service de la Voirie transportant des ingénieurs en tournée d'inspection, et l'arrêt Vannier (12 juin 1936, *R.*, p. 642) ; cette espèce, qui est restée isolée, est assez curieuse puisqu'il ne s'agit plus ici d'un ordre mais d'une simple autorisation donée par un supérieur hiérarchique à un employé auxiliaire du service des Poids et Mesures de se servir d'une voiture d'un service public pour un usage privé : « Considérant que si la voiture automobile cause de l'accident survenu au sieur Vannier appartenait à l'Etat, qu'elle était affectée au service des Poids et Mesures et qu'elle était conduite par le sieur Amisse..., d'autre part que le sieur Amisse avait reçu de son supérieur hiérarchique, l'inspecteur régional des Poids et Mesures, l'autorisation d'utiliser ladite voiture pour un déplacement, que dans ces conditions... l'accident, bien qu'imputable au fait personnel du sieur Amisse n'en est pas moins de nature à engager la responsabilité du service public... ».

En 1937, deux arrêts, également, sont à retenir : l'arrêt Munier du 29 janvier (*D. H.* 255), où il s'agissait d'un accident causé par un véhicule de la Préfecture de Police, et l'arrêt Claparède (27 octobre, *R.*, p. 866) au sujet d'une collision entre une voiture et une bicyclette montée par un agent des Postes en tournée.

Les décisions de l'année 1938 sont plus nombreuses ; les plus remarquables ont été mentionnées en note (3).

---

(3) C. d'E., 12 janvier 1938, Ministre des Travaux Publics c. Quignard, *R.*, p. 17 (accident causé par le conducteur d'un

La solution apportée par le Conseil d'Etat au problème de la faute, conséquence de l'ordre, n'est donc pas sensiblement différente de celle qu'il donnait lorsqu'il n'était qu'un Conseil administratif et gouvernemental. Sa jurisprudence si riche, si féconde par ses enseignements sous d'autres aspects, est restée sur ce point stationnaire (4) : la faute personnelle du fonctionnaire disparaît devant l'ordre hiérarchique et se transforme en fait de service ; le fonctionnaire est irresponsable. Et si aucune évolution ne s'est encore produite, il semble à peu près certain qu'elle ne soit pas susceptible de se produire tant que le Conseil d'Etat ne consentira pas, sur ce point, à faire reculer la responsabilité de la puissance publique. Autrefois, irresponsabilité de l'agent qui a agi sur ordre par souci du bon fonctionnement de l'administration, solution qui n'était peut-être pas sans avantages, il faut le reconnaître ; de nos jours, irresponsabilité de l'agent, responsabilité de la puissance publique parce que l'ordre hiérarchique est une raison suffi-

---

camion des Ponts et Chaussées exécutant un déplacement commandé) ; 23 février, époux Faure, *R.*, p. 197 (accident causé par un facteur des Postes circulant à bicyclette) ; 2 mars, Jouin, *R.*, p. 226 (collision entre une automobile et une factrice intérimaire des P. T. T.) ; 18 mai, Prou, *R.*, p. 435 ; 2 juin, le Lloyd d'Assurance maritime et terrestre, *R.*, p. 516 ; 28 décembre, Gourdon, *R.*, p. 999 (Ces trois espèces sont relatives à des accidents dus à des facteurs des Postes dans l'accomplissement de leur tournée).

(4) Tout au plus pourrait-on dire qu'aujourd'hui, le Conseil d'Etat vérifie l'existence des ordres donnés. Voir par exemple C. d'E., 10 février 1905, Tomaso Greco, *S.*, 1905.3.113, note Hauriou : « ...il résulte de l'instruction... ». Autrefois la simple affirmation de l'Administration suffisait à couvrir l'agent : C. d'E., 7 mai 1823, précité : « Considérant que l'Administration des Forêts déclare que le garde Tollé n'a agi que d'après les ordres de ses supérieurs... ».

sante de la transformation automatique de la faute personnelle en faute de service. N'y a-t-il pas un moyen terme qui, sans léser le particulier victime d'un dommage, puisse engager la responsabilité de l'agent ? Si l'on peut montrer que la faute personnelle reste irréductible derrière l'ordre, ce sera là une première raison de la mise en jeu de cette responsabilité.

§ 3. — *Tribunal des Conflits.*

I. Examen. — La jurisprudence du Tribunal des Conflits qui compte quelques arrêts devenus classiques est très instructive. Certes, cette haute juridiction a rendu un certain nombre de décisions qui ne permettent pas de reconnaître une originalité quelconque dans son attitude. Ce sont celles qu'il convient de relever d'abord car il est préférable de sacrifier l'énumération chronologique pour un exposé qui se propose de dégager un ensemble cohérent de décisions inspirées des mêmes considérations et qui témoigne d'une unité de vues remarquable.

En 1873 l'arrêt de principe Pelletier, déjà cité, a posé la question de l'obéissance hiérarchique : « ... considérant que l'interdiction et la saisie du journal ordonnées par le général de Ladmirault constituent une mesure préventive de haute police administrative prise par le général agissant comme représentant de la puissance publique... et dont la responsabilité remonte au gouvernement qui lui a délégué ses pouvoirs... ».

Dans l'affaire Usannaz-Joris étudiée au cours de l'examen de la doctrine du doyen Duguit le

Tribunal des Conflits ne maintient l'arrêté de conflit qu'en ce qui concerne le receveur des Postes ; la question de sa responsabilité ne pouvait se poser parce qu'il n'avait fait que déférer aux injonctions du préfet.

Comme type d'une série de décisions rendues en matière d'affichage, par le maire, du motif de la radiation à côté du tableau rectificatif de la liste électorale, ceci en exécution d'instructions ministérielles, on peut citer l'arrêt du 26 juin 1897 (Préfet de la Haute-Garonne, *S.* 1899.3.69). Un maire qui procède à une publicité à outrance de la faillite d'un électeur radié en dehors des instructions de l'autorité supérieure engage sa responsabilité personnelle (Confl. 4 décembre 1897, Lalande, *D.*, 99.3.93) (5).

Dans l'arrêt Level du 11 juin 1904 (*R.*, p. 462) le Tribunal des Conflits qualifie, fait de service, la faute d'un lieutenant de port qui avait agi en vertu des ordres reçus.

La thèse du Tribunal des Conflits était reprise par quelques-uns de ses commissaires du gouvernement et notamment par M. Tardieu, à propos de l'affaire Morizot (C. d'E., 2 juin 1908, *S.* 1.908.3.31) lorsqu'il affirmait implicitement que la responsabilité de l'instituteur ne serait pas engagée s'il n'avait eu pour dessein que de se conformer aux instructions de ses supérieurs hiérarchiques, alors même que son enseignement eut constitué une atteinte au principe de la neutralité scolaire.

Enfin, on complètera ces indications en rappe-

---

(5) Dans le même sens : Confl., 11 décembre 1909, Gérard, *Gaz. des Tribunaux*, 29 décembre 1909. (Affichage du télégramme du sous-préfet ordonnant la radiation).

lant la décision du 22 avril 1910 (Abbé Piment) (6) qui est particulièrement nette : le maire ayant fait sonner les cloches pour un enterrement civil, l'abbé Piment, desservant de la paroisse l'assigna pour ce fait. Le préfet présente un déclinatoire de compétence ; le tribunal passe outre. Le Tribunal des Conflits est saisi. Il a jugé que, aucun arrêté du maire n'ayant été pris pour faire sonner les cloches en cas d'enterrement civil, l'ordre d'y procéder constitue un fait personnel engageant la responsabilité civile du maire. Mais le sonneur, cantonnier communal, n'ayant fait qu'exécuter en sa qualité d'agent communal les ordres du maire n'est pas responsable.

La lecture de ces arrêts ne permet pas de discerner l'originalité de l'attitude du Tribunal des Conflits par rapport à celle du Conseil d'Etat : les actes approuvés, ratifiés par les supérieurs hiérarchiques sont qualifiés faits de service. Si les conclusions de M. Barthelemy dans son étude de la *Revue du Droit Public* (p. 545, 546) paraissent exactes il n'en reste pas moins que l'on voit mal comment les décisions rapportées par cet auteur et qui sont sensiblement les mêmes que celles qui viennent d'être citées, peuvent marquer d'un trait décisif l'originalité de la jurisprudence du Tribunal des Conflits.

Il convient de l'examiner de plus près, pour voir que cette haute juridiction qui juge des cas d'espèces, a recherché souvent avec soin dans un certain nombre d'affaires si l'acte commis sur ordre constitue un fait de service ; s'il apparait à l'examen des circonstances de fait que l'acte

(6) Arrêt précité.

est un fait personnel se détachant de l'exercice de la fonction, l'acte pourra être soumis aux tribunaux judiciaires.

Et tout d'abord dans l'arrêt rendu à propos de l'affaire Mohamed ben Belkassem (7), il est reconnu que le caïd a agi sur l'ordre du supérieur ; cependant l'existence d'une faute personnelle est affirmée. Dans l'arrêt Saffroy (8) il est admis encore plus nettement que le fait de l'existence d'une approbation du supérieur hiérarchique ne suffit pas à conférer à cet acte le caractère d'un fait de service. Une telle approbation ne crée pas une dénaturation automatique du caractère de l'acte délictueux.

Dans l'affaire Tomaco-Greco (Confl., 16 novembre 1901, *R.* p. 311, *S.* 1904.3.101), l'existence d'un ordre, qu'il ait été suivi ou non, est insuffisante pour exonérer l'agent de toute responsabilité ; un gendarme qui poursuivait un taureau furieux dans les rues d'une ville de Tunisie a tiré sur la bête contrairement à un ordre du brigadier : un passant a été blessé. La faute qui est imputée au gendarme Meyrigne « d'avoir fait usage de son arme contrairement à un ordre donné quelques instants avant... ne peut se détacher de l'interprétation de cet ordre... »

La pensée du Tribunal des Conflits est donc très claire : l'existence d'un ordre ne peut pas constituer pour le fonctionnaire obéissant une circonstance susceptible de faire de l'acte délictueux un acte de service par essence ; elle n'agit pas d'une manière directe et spontanée sur l'acte de

(7) Espèce citée.
(8) Espèce citée.

l'agent et dans chaque espèce, il convient de déceler avant tout si l'acte commis sur ordre constitue un fait de service. Ce qui importe au premier chef, c'est la nature de l'acte dommageable ; si c'est un fait personnel susceptible de se détacher de l'exercice même régulier de la fonction et pourra être porté à la connaissance des tribunaux judiciaires ; si c'est un acte administratif, non détachable de l'exercice même irrégulier de la fonction grâce à l'existence d'un ordre, élément de liaison, il sera qualifié fait de service (9).

Il importe de ne pas se laisser égarer par certaines formules employées exceptionnellement par le Tribunal des Conflits dont les commissaires du gouvernement en cette matière, sont très souvent d'origine administrative, formules dont il n'use que de manière intermittente mais qui laisseraient penser que sa jurisprudence se modèle sur celle du Conseil d'Etat. Les conclusions Teissier sous l'affaire Feutry (Confl., 29 février 1908, *S.*, 1908.3.99) peuvent être citées à ce propos : pour condamner le fonctionnaire obéissant il serait nécessaire d'examiner les ordres d'autorités administratives que l'autorité judiciaire n'a pas le droit d'apprécier (10).

Au reste, à partir de 1918, une certaine unité va se manifester dans la jurisprudence du Tribunal des Conflits. Voici trois espèces marquantes, très représentatives de ce souci de s'en tenir au critérium de l'acte détachable et de ne considérer l'ordre hiérarchique que comme une incons-

---

(9) Cf. Cot, *La Responsabilité civile des fonctionnaires publics* (*Thèse*, Paris, 1922, p. 269).

(10) Dans le même sens : Arrêt Tomaso Greco, Confl., 16 novembre 1901, *R.*, p. 811.

tance de fait, d'une nature non exceptionnelle qu'il convient d'apprécier dans l'esprit ou d'autres circonstances de fait susceptibles de relier, de manière accidentelle l'acte dommageable d'un fonctionnaire à une opération administrative, seraient appréciées.

1° Dans la décision du 7 décembre 1918 rendue à propos de l'affaire Caillard (*R.*, p. 1113) il s'agissait d'une action en dommages-intérêts intentée contre le directeur du contrôle financier de l'Indochine ; le requérant prétendait que ce fonctionnaire, chargé d'une enquête par le gouverneur général était sorti des limites de la mission qui lui avait été confiée (« immixtion dans sa vie privée, accusations calomnieuses, rapport constituant un réquisitoire passionné et injuste ») ; le Tribunal des Conflits a décidé que le sieur de Keratry, directeur du contrôle financier, a fait des actes de sa fonction administrative « ... et qu'il n'appert d'aucune des circonstances de l'affaire que les faits reprochés aient le caractère de fautes personnelles se détachant des actes de fonction sus-énoncés... »

L'arrêt sieur et dame de Kerambrun du 14 mai 1923 (*R.*, p. 400) est relatif à des faits semblables : un commissaire spécial de la Sûreté, le sieur Italiani était poursuivi en dommages-intérêts par les sieur et dame de Kerambrun en réparation du préjudice pouvant résulter pour eux du fait que ce commissaire « par un abus d'autorité et obéissant à un mobile de vengeance aurait adressé au ministre de l'Intérieur un rapport signalant la présence fréquente dans la salle des jeux du casino du Havre des sieur et dame de Kerambrun... ».

Le Tribunal des Conflits a statué dans le même sens que pour l'affaire précédente.

Le 20 novembre 1933 une décision extrêmement nette est intervenue (Confl., Trolez, *R.*, p. 1246) au sujet d'une action dirigée contre un vérificateur des Poids et Mesures par un fabricant qui alléguait que ce fonctionnaire avait incité les assujettis à s'adresser à son concurrent contrairement à des ordres précis et aux instructions ministérielles concernant les opérations de vérification. Ici encore est relevée « l'absence de toute faute personnelle se détachant de l'exercice des fonctions ».

Mais, pour obtenir l'ensemble cohérent dont il a été fait mention au début de cet exposé il faut se tourner maintenant vers les espèces relatives aux accidents survenus aux fonctionnaires civils en service commandé. Pour résoudre la question préalable de compétence, le Tribunal des Conflits s'est inspiré en cette matière des mêmes principes directeurs.

On peut fixer la date où l'unité de la jurisprudence commence d'apparaître à l'année 1922. L'arrêt Lambert (Confl., 22 janvier 1921, *R.*, p. 89) semble être en effet l'un des derniers parmi les arrêts qui fassent encore état de considérations analogues à celles qui peuvent être relevées dans les conclusions du commissaire du Gouvernement Teissier. Un particulier ayant actionné le directeur d'une poudrerie nationale comme civilement responsable d'un accident causé par son chauffeur qui pilotait la voiture pour son usage personnel, le tribunal de Lyon avait admis le requérant à prouver que ce chauffeur n'était pas en service commandé au moment où se produisit la collision.

Cependant l'arrêté de conflit fut maintenu : « ...Considérant qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative de déterminer en quelle qualité les agents ou employés de l'Etat ont agi, de vérifier, comme aussi d'apprécier les instructions qui ont pu leur être données, de rechercher jusqu'à quel point ils s'en seraient écartés... ».

Trois décisions caractéristiques intervenues au cours de ces dernières années ont été choisies dans la jurisprudence copieuse du Tribunal des Conflits pour illustrer l'originalité de son attitude ; elles méritent quelques développements.

L'affaire Garcia di Lamazzio (Confl., 21 juin 1937, *R.*, p. 1110) est relative à un accident causé par une automobile du service des P. T. T. L'arrêté de conflit a été maintenu avec le motif suivant : « Considérant que le fait imputable au conducteur dans l'accomplissement d'un service commandé n'était pas, dans l'espèce, constitutif d'une faute se détachant de l'exercice de ses fonctions, c'est à tort que l'autorité judiciaire... ne s'est pas déclarée incompétente... ». Dans la décision du 14 novembre 1938 (Dame Veuve Genoux-Prachée, *R.*, p. 1009), les mêmes termes sont employés au sujet d'un accident causé par un auxiliaire des P. T. T. en service commandé. Le 7 novembre 1939, l'arrêt Demoiselle Lévy et sieur Canuet (*R.*, p. 673) confirme l'attitude du Tribunal des Conflits : la demoiselle Lévy et le sieur Canuet avaient assigné devant le Tribunal civil de Bamako le gouverneur général de l'A. O. F. en réparation du préjudice résultant pour eux du décès du sieur S. qui, ayant été heurté par une camionnette automobile du service de la lèpre de l'A. O. F. conduite par le chauffeur auxiliaire B., avait succombé à ses blessures. Le conflit fut élevé.

« Considérant que pour rejeter le déclinatoire de compétence, le Tribunal de Bamako s'est fondé uniquement sur ce que le sieur B. n'avait pas la qualité de fonctionnaire... ; mais considérant qu'au moment où l'accident s'est produit le chauffeur auxiliaire B. était dans l'accomplissement de son service ; qu'il n'est pas allégué que le fait qui lui est imputable soit constitutif d'une faute se détachant de l'exercice de ses fonctions... confirme l'arrêté de conflit ; considère comme nul et non avenu le jugement du Tribunal civil de Bamako du 7 février 1939 condamnant B. pour délit d'homicide par imprudence. » (11)

Après avoir montré l'originalité de l'attitude du Tribunal des Conflits, il reste à montrer que cette originalité signifie souplesse et qu'elle paraît apporter, outre les premiers éléments d'un commencement d'évolution, les matériaux d'une théorie rationnelle de la responsabilité civile des fonctionnaires que la technique juridique n'a pas su lui apporter.

II. Valeur de la solution du Tribunal des Conflits. — La solution donnée par le Tribunal des Conflits au problème des rapports de l'ordre hiérarchique et de la responsabilité est intéressante du fait qu'elle attire obligatoirement l'attention sur la notion d'ordre, notion trop indéterminée. Si cette haute juridiction estime qu'elle doit rechercher dans chaque espèce si l'acte dommageable

(11) Voir également Confl., 24 juillet 1939, Consorts Leblanc et Defresne, *R.*, p. 671 (Collision entre une voiture particulière et une voiture des services de la Navigation conduite par un garde en service commandé).

commis dans l'accomplissement de l'ordre n'est pas toujours un fait de service, c'est qu'elle pense que la notion d'ordre hiérarchique n'est pas une notion homogène, non susceptible d'analyse.

A vrai dire, rien dans sa jurisprudence ne permet d'affirmer qu'elle se soit livrée à une analyse détaillée de l'ordre ; le fait de s'en tenir au critérium de l'acte détachable n'implique que la possibilité d'une évolution. Il faut essayer de voir ce que pourrait être cette évolution qui paraît à notre sens très souhaitable, évolution purement jurisprudentielle en dehors de tout apport législatif qui viendrait résoudre partiellement le problème d'une manière plus énergique et moins nuancée, ainsi que vient de le faire la loi du 14 septembre 1941 à l'occasion de l'élaboration d'un statut de la fonction publique. Cette évolution consisterait à apporter un ensemble de décisions particulières, variables en fonction d'éléments assez nombreux et assez divers. Le caractère commun de ces décisions serait d'affirmer que, dans certaines circonstances l'ordre ne peut enlever au fait dommageable de l'agent subordonné son caractère personnel.

Ainsi, il y aurait lieu d'apprécier le degré d'illégalité de l'ordre, la forme de l'ordre, sa clarté, la force plus ou moins obligatoire avec laquelle il se présente, sa régularité plus ou moins apparente, les moyens de pression dont a usé ou dont dispose le supérieur, la situation du fonctionnaire par rapport à l'ordre, le degré d'instruction de l'agent, son rang dans la hiérarchie administrative, le degré d'indépendance dont il jouit et peut-être le droit dont il dispose sur sa fonction. L'appréciation exacte de ces éléments est, il faut en convenir, très délicate. On y joindra l'examen des rapports inté-

rieurs, des coutumes du service, des règles de la hiérarchie. Aucune décision dans la jurisprudence du Tribunal des Conflits n'a fait état, de façon explicite, de l'un quelconque de ces éléments. Il est seulement possible d'établir un classement qui contient une timide promesse d'évolution, en fonction du mode d'exécution de l'ordre .

1° L'agent dépasse l'ordre hiérarchique, ordre régulier :

Le Tribunal des Conflits considère alors que le fonctionnaire a agi de son propre mouvement ; il a fait plus que ce qu'il était tenu de faire en sa qualité de simple agent d'exécution. Dans l'arrêt Requilé contre Grignoux-Vienne par exemple, il s'agissait de l'ordre donné à l'agent d'une poudrerie par le directeur de jeter des substances vénéneuses dans les cours et rue intérieures de la manufacture afin d'empoisonner les chiens qui s'y seraient introduits. L'agent, au lieu de répandre le poison conformément à l'ordre qui lui était donné, l'a jeté directement à des chiens qu'il a attirés. Il y a dans cette action une faute personnelle (Confl., 13 décembre 1879, *R.*, p. 803).

De même dans l'affaire Mohamed ben Belkassem précitée, le dépassement de l'ordre par l'agent subalterne est pris en considération. Dans d'autres cas, le fait personnel apparaîtra avec moins d'évidence ; alors la puissance du lien hiérarchique s'affirme de nouveau ; le droit d'apprécier si le fonctionnaire a ou non dépassé l'ordre n'est plus reconnu aux Tribunaux judiciaires.

2° L'agent exécute strictement l'ordre donné, ordre légal, régulier :

La puissance du lien de subordination s'accuse

de manière particulièrement énergique en ce cas et quelles que soient pour le particulier lésé les conséquences de l'obéissance, le fonctionnaire ne peut en aucun cas être responsable. Il n'est qu'un intermédiaire, il agit pour le service. Ainsi, un maire a refusé en vertu d'instructions administratives un certificat exigé par un arrêté préfectoral et nécessaire pour la conduite des bestiaux au marché en temps d'épizootie. Ce refus constitue l'exacte traduction d'ordres, il échappe donc à la compétence des Tribunaux civils (Confl., 2 mars 1901, *R.*, p. 251). Dans l'arrêt sieur et dame de Kerambrun, précité, la circonstance que l'ordre a été exécuté strictement est intervenue dans la décision du Tribunal des Conflits. Le sieur Italiani, par le rapport qu'il adressait au ministre de l'Intérieur, s'est borné à accomplir un acte dans la stricte limite des instructions reçues. « ...Si les demandeurs ont prétendu qu'un sentiment de malveillance avait été le mobile de son action, la pertinence de cette allégation ne résulte d'aucune pièce du dossier. »

L'arrêt Trolez, déjà étudié, use de termes semblables.

Quoi qu'il en soit de ce classement obligatoirement sommaire d'une tentative encore très peu hardie du Tribunal des Conflits pour parvenir à donner à l'ordre sa place exacte dans le problème de la responsabilité des agents civils, il faut reconnaître un réel mérite à cette tentative d'une juridiction qui statue souverainement sur le point de savoir s'il y a faute personnelle ou de service.

La méthode idéale quant à la recherche de la responsabilité au cas d'existence d'ordre hiérarchique consisterait à procéder par paliers successifs, à la lumière d'une ou de plusieurs considéra-

tions parmi celles qui ont été précédemment énumérées, à titre d'exemples.

Le cas de fait personnel qui ne peut se rencontrer que dans les actes du supérieur est exceptionnel ; on ne voit que l'hypothèse où l'ordre hiérarchique est illégal (12), exécuté par le supérieur même qui l'a ordonné (13), pris sans visa d'aucune loi, sans aucun rapport avec les opérations administratives auxquelles il prétend se rattacher (14).

L'hypothèse de fait personnel imputable au seul agent d'exécution est également exceptionnelle, il faut bien le reconnaître. Elle vise principalement les refus, par un agent public, d'exécuter un ordre légal, inexécution qui entraîne des conséquences dommageables pour les tiers. C'est à ce propos, on l'a vu, que les controverses doctrinales sur la suprématie de la loi, simple fragment d'un problème plus général, ont eu lieu. Encore, faudrait-il excepter de cette hypothèse le cas particulier où le fonctionnaire peut alléguer un refus d'application par

---

(12) Confl., 7 décembre 1907, Vauriot, *R.*, p. 929 : Ordre donné par le maire aux agents de la police urbaine de ne pas requérir l'intervention d'un docteur en médecine régulièrement inscrit sur la liste des médecins chargés du service d'assistance de nuit.

(13) Confl., 20 janvier 1900, Uhel, *R.*, p. 51; *S.*, 1900.3.91, note Hauriou; *D.*, 1901.3.43 : Ordre donné par le maire de retirer à un contribuable le plan cadastral; voie de fait du maire, contrainte physique exercée sur le plaignant.

(14) Confl., 8 novembre 1902, Grossan, *R.*, p. 644; Confl., 24 décembre 1904, *R.*, p. 889; *D.*, 1906.3.58 : Ordre du maire d'effectuer d'office la démolition d'un mur construit par un particulier le long d'un ruisseau, mesure qui ne rentre ni dans la police municipale, ni dans la police des eaux concernant les opérations de curetage.

application erronée mais de bonne foi, des règlements (15).

L'existence d'un ordre de service postule normalement une possibilité de cumul de responsabilités et non une responsabilité exclusive. Tout le problème consistera à déterminer la part imputable au fonctionnaire subordonné par l'examen des trois responsabilités en jeu : celle de l'agent d'exécution, celle du donneur d'ordre, celle du patrimoine administratif, compte tenu de la part de responsabilité qui peut incomber au requérant afin d'obtenir un agencement équitable et harmonieux.

Un problème préliminaire se pose, sur le premier palier, c'est celui de déterminer dans quelle mesure on doit retenir la responsabilité du supérieur, fraction qui peut ou non venir en déduction de la part de responsabilité de l'agent d'exécution (16) ; la question essentielle sera, ici, d'arriver à déceler ce supérieur dans la hiérarchie administrative, celui au delà duquel la responsabilité n'est pas susceptible de « remonter ». Pour certaines autorités, la réponse n'est pas douteuse ; il existe, au sein de la hiérarchie administrative, des fonctionnaires qui possèdent un certain pouvoir de décision, d'appréciation, dont la fonction est de prévoir et d'adapter les ordres aux circonstances ; ils peuvent être considérés comme des donneurs d'ordre : un préfet, un maire ne devraient pas, sauf dans des cas très excep-

---

(15) Confl., 9 décembre 1899, Deyres, *D.*, 1900.3.91 : Un employé des P. T. T. refuse l'envoi d'une dépêche par une application erronée mais de bonne foi des règlements.

(16) C'est un problème très délicat et les difficultés qu'il soulève apparaissent d'une manière particulièrement saisissante lorsqu'on veut, par exemple, discriminer les responsabilités politiques des dirigeants et les responsabilités techniques des exécutants, chefs militaires ou autres.

tionnels, pouvoir s'abriter derrière des instructions ministérielles. Au sein des services administratifs eux-mêmes, la détermination du donneur d'ordre sera moins aisée. Cependant, ne serait-il pas inconcevable qu'une Administration digne de ce nom fut composée d'une chaîne d'hommes irresponsables et que la responsabilité remonte de Z à Y, de Y à X, etc..., jusqu'au suprême responsable, l'Etat. Il semble que pour cette détermination, il n'est pas sans intérêt de se tourner vers la nature du service, la nature de l'acte dommageable et vers les précieuses indications données par le Doyen Hauriou.

En second lieu apparaît la possibilité de responsabilité de l'agent d'exécution ; la question qui se pose à ce stade est celle de découvrir dans l'acte dommageable, résultat de l'ordre, la part de fait personnel imputable à cet agent, faute légère ou non, mais toujours faute personnelle, résultat de son incapacité technique ou de sa négligence. Il est probable que dans un certain nombre de cas, plus nombreux certes que ceux retenus par la jurisprudence, il restera au terme de cet examen un résidu irréductible, la faute personnelle de l'agent dont on est en droit de lui demander compte. Si, avec raison, il peut compter sur ses supérieurs pour l'éclairer et le guider, s'il peut se prévaloir dans certaines circonstances de l'ordre comme d'une excuse, il reste le membre d'un organisme déterminé dont les obligations s'imposent à lui du fait de règles de service précises.

En conclusion, il faut poser que, logiquement, on ne saurait remonter à la responsabilité de la puissance publique sans avoir procédé à un examen minutieux de la part de responsabilité qui peut

revenir à l'agent d'exécution ou au donneur d'ordre. A cette considération il faut encore ajouter cette remarque, souvent développée par les auteurs de Droit public mais qu'il n'est pas inutile de rappeler : l'acquisition par les fonctionnaires d'une part sans cesse croissante d'influence personnelle au sein de l'Administration, d'une part sans cesse croissante d'indépendance entraîne nécessairement à leur égard une plus grande sévérité. C'est la conclusion même de l'étude de M. J. Barthélemy à laquelle nous adhérons, pour notre part, d'une manière absolue : « l'augmentation de la dignité professionnelle des agents doit avoir pour corollaire inévitable un accroissement de leur responsabilité » (17). Depuis 1914, époque à laquelle cette étude paraissait dans la *Revue du Droit Public*, la plupart des agents, par le truchement des syndicats, par le moyen des actions devant les tribunaux pour ne citer que deux de leurs procédés, se sont taillés de toutes pièces un statut assez imposant de leurs libertés. La question du développement de leur responsabilité n'a pas pris l'ampleur que postulait très normalement cet accroissement de la dignité professionnelle.

La jurisprudence du Tribunal des Conflits montre qu'il n'est pas impossible d'opposer à la trop vaste extension donnée à la notion d'ordre hiérarchique au sein du problème de la responsabilité personnelle des fonctionnaires, un rempart sérieux. Il est permis de penser que ce n'est pas faire preuve d'un esprit rétrograde que de souhaiter sur ce point

---

(17) *Op. cit.*, p. 548.

une mise en jeu plus fréquente de la responsabilité personnelle, mesure qui reste, en définitive, le meilleur remède à la « revalorisation » de la fonction publique.

APPENDICE

La loi du 14 Septembre 1941 portant statut général des fonctionnaires civils de l'Etat et des Etablissements publics de l'Etat.

Un statut précis de la fonction publique si souvent demandé a enfin vu le jour et il est apparu non comme une mise au point mais comme un instrument de redressement national.

Encore qu'elle contienne un grand nombre de dispositions, très variées, la loi du 14 septembre 1941 a posé, avant tout, la nécessité de restaurer la dignité de la fonction publique, d'affirmer la responsabilité des chefs et des agents d'exécution. « Il fallait que cette charte mît un terme aux effets désastreux qu'avait produits dans l'Administration française l'affaiblissement de nos institutions : éparpillement des responsabilités, intervention abusive des personnalités politiques, omnipotence des syndicats illégaux et, chez les individus, recherche exclusive de l'intérêt personnel au détriment de l'intérêt général... La responsabilité des chefs, corollaire de leur autorité, est affirmée en toutes

circonstances. Le chef, après s'être éclairé, décide : il décide seul, en toute liberté, mais au grand jour... » (1).

Il est nécessaire de reproduire ici les articles 13, 14, 15 et 16 du titre I (Principes généraux) de la loi.

Article 13. — Les fonctionnaires, à tous les rangs de la hiérarchie, sont soumis à une discipline fondée sur l'autorité des chefs, l'obéissance et la fidélité des subordonnés.

La discipline se manifeste par une soumission constante aux lois, décrets et règlements en vigueur et par l'obéissance des subordonnés aux ordres de leurs supérieurs dans l'exercice de leur autorité.

Cette obéissance doit être entière. Toutefois, dans le cas où l'ordre reçu leur paraîtrait entaché d'irrégularité ou s'ils estiment que son exécution pourrait entraîner des inconvénients graves, les subordonnés doivent exprimer leur manière de voir à leurs supérieurs.

Si l'ordre donné est maintenu, il doit être exécuté.

Art. 14. — Le fonctionnaire chargé d'assurer la marche d'un service est responsable à l'égard de ses chefs, de l'autorité qui lui a été conférée pour cet objet et de l'exécution des ordres qu'il a donnés. Il n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés.

Art. 15. — Le subordonné est responsable à l'égard de ses supérieurs de l'exécution des ordres qu'il reçoit.

---

(1) Rapport, *J. O.*, 1er octobre 1941, p. 4210.

Il doit rendre compte de cette exécution ou des motifs qui ont pu l'empêcher.

Art. 16. — Le fonctionnaire est responsable disciplinairement, envers l'administration, tant de ses fautes de service que des fautes personnelles commises à l'occasion de ses fonctions. Il est responsable personnellement à l'égard des tiers, dans les conditions du droit commun, des fautes qui se détachent de l'exercice de la fonction.

Il n'est en rien dérogé aux règles spéciales concernant la responsabilité des comptables.

Tout commentaire à ces textes, d'une clarté indéniable, serait superflu (2). On voit clairement que ces principes sont, sans contredit, susceptibles de constituer l'armature solide d'une solution plus nuancée dont on a tâché de dégager les éléments principaux.

(2) On y ajoutera l'Acte Constitutionnel n° 7 du 27 janvier 1941 (*Dalloz analytique*, 1941, Législation, p. 33), relatif au serment et à la responsabilité des secrétaires d'Etat et hauts fonctionnaires (*J. O.*, 28 janvier 1941, p. 449). Voir notamment l'article 2 : « Les secrétaires d'Etat, hauts dignitaires et hauts fonctionnaires sont personnellement responsables devant le Chef de l'Etat. Cette responsabilité engage leur personne et leurs biens. »

B *Responsabilité pénale*

CHAPITRE PREMIER

Examen des textes

Les articles 114, 184 et 190 du Code Pénal, textes tout à fait exceptionnels qui visent, d'une façon précise, certains abus de puissance des fonctionnaires, ont prévu de manière limitative les cas où l'ordre hiérarchique influe sur la responsabilité pénale du fonctionnaire subordonné (1).

L'article 114, placé sous la rubrique « attentats à la liberté », punit de la dégradation civique tout fonctionnaire public agent ou préposé du gouvernement qui « aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire soit à la liberté individuele, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs

(1) Voir : Angers, 3 mars 1871, *D.*, 1873.1.286. — Orléans, 28 juin 1872, Engelhard, *D.*, 1873.1.291 : « Considérant que M. Engelhard n'est pas poursuivi pour la mesure prise par lui contre le journal ou pour un abus d'autorité contre la chose publique ou un attentat à la liberté, ni, en un mot, pour l'un des cas spéciaux qui peuvent permettre au fonctionnaire de s'abriter derrière la garantie de son supérieur et que dès lors les articles cités (art. 114 et 190) ne semblent pas devoir trouver ici leur application. » — Cr. r., 25 janvier 1873, *D.*, 1873.1.289.

citoyens, soit à la Charte (à la Constitution) ». « Si, néanmoins il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs, pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera, dans ce cas, appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre. »

La même disposition est déclarée applicable par l'article 184 (abus d'autorité contre les particuliers) qui vise le cas de violation de domicile et l'article 190 (abus d'autorité contre la chose publique) au cas de réquisition de la force publique contre l'exécution d'une loi, contre la perception d'une contribution légale ou contre l'exécution soit d'une ordonnance ou mandat de justice, soit de tout autre ordre émanant de l'autorité légitime.

Ces trois articles, seuls textes des lois positives françaises en la matière, affranchissent donc l'agent inférieur de la peine applicable à son acte et frappent de cette même peine le supérieur qui a ordonné l'acte dommageable.

Il est clair que ces textes présentent l'exemption de la peine fondée non pas sur la non-culpabilité du fonctionnaire obéissant mais comme étant seulement l'effet d'une excuse absolutoire. L'agent reste coupable : il n'est pas acquitté mais absous ; il est exempt de la peine et la Cour n'a pas à la prononcer. Si l'excuse absolutoire est admise, l'accusé est condamné aux frais de procédure et à des dommages-intérêts s'il a causé un préjudice.

On est généralement d'accord sur l'énumération de trois conditions nécessaires et suffisantes pour que le fonctionnaire soit absous :

1° L'ordre donné doit être antérieur à l'accomplissement de l'acte délictueux ; une simple appro-

bation postérieure ou une confirmation de l'ordre par le supérieur hiérarchique seraient absolument insuffisantes.

2° Il doit exister un lien hiérarchique entre les deux agents en présence, l'agent supérieur qui a donné l'ordre, l'agent inférieur auquel l'ordre a été donné.

3° L'ordre doit être de la compétence du supérieur.

Sous ces conditions, les excuses absolutoires pourront être invoquées par le subalterne de bonne foi ayant commis une infraction non intentionnelle ou par le subalterne de mauvaise foi. La preuve qu'il y a eu ordre du supérieur résultera de la seule déclaration du supérieur hiérarchique que l'ordre a bien été donné.

CHAPITRE II

Fléchissements partiels dans l'application du principe général

---

On ne saurait voir dans ces textes qu'une solution particulière, une solution d'espèce ; l'excuse absolutoire dérivant de l'ordre hiérarchique étant de droit strict ne s'applique que dans les cas limitativement prévus et ne peut être étendue à des cas similaires. Le principe général est donc l'indifférence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité pénale du fonctionnaire et sur la nature de la faute. Dans la majorité des cas, la responsabilité personnelle de l'agent subordonné doit se trouver engagée ainsi que celle du supérieur, considéré comme coauteur ou complice. Il faut cependant examiner la proposition de plus près.

Par application des principes généraux du droit pénal (article 64 du Code Pénal : « Il n'y a ni crime, ni délit... lorsque le prévenu a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ») l'ordre hiérarchique pourra être considéré comme ayant opéré une pression telle sur le fonctionnaire obéis-

sant que celui-ci a été contraint d'obéir. Mais pour être admis comme fait justificatif, l'ordre devra se présenter avec un caractère d'irrésistibilté particulièrement impérieux (1). Le plus souvent l'ordre ne constitue pas une force à laquelle l'agent ne peut résister ; il faudrait supposer qu'il ait craint de perdre la vie ou la liberté (2).

De même, la bonne foi peut être un fait justificatif lorsqu'elle fait disparaître l'élément intentionnel ; une présomption de légalité accompagne l'ordre que le supérieur donne dans l'exercice de ses attributions et si l'ordre n'est pas entaché d'une évidente illégalité son exécution, quelles qu'en soient les conséquences, n'entraînera aucune responsabilité pour l'agent subalterne encore que sa faute personnelle demeure.

La bonne foi ne constitue un fait justificatif que dans les délits intentionnels ; seule, la contrainte justifie dans les délits non intentionnels et ces deux faits justificatifs, bonne foi, contrainte, s'excluent l'une l'autre. Dans un arrêt déjà ancien, la Cour de Cassation (29 février 1875, *B.* 59) a eu tort d'admettre à la fois les deux faits justificatifs.

Dans l'appréciation du défaut d'intention coupable, il sera nécessaire de prendre en considéra-

---

(1) Cass. Crim., 20 septembre 1894, *Bulletin*, 294. (Faux en écritures commis par des employés de mairie sur les listes électorales; ils ne peuvent se justifier en invoquant l'ordre de ceux qui les emploient. — Trib. corr. Reims, 13 novembre 1889, *D.*, 1891.3.31.

(2) Cass. Crim., 20 septembre 1894, Mascaras, *D.*, 1899.1.350. Une simple crainte du supérieur ne suffirait pas ; par exemple, dans l'affaire Engelhard précitée aucune contrainte n'obligeait le préfet Engelhard à obéir aux ordres du ministre. Celui-ci, dans sa dépêche, déclarait simplement s'en rapporter à la clairvoyance politique et au jugement du préfet.

tion le degré d'illégalité de l'ordre, la nature de l'infraction commise, la situation sociale du fonctionnaire, son degré d'instruction (3).

Enfin, il faut noter comme dernier fléchissement partiel, en ce sens qu'il ne vise qu'une dérogation à la règle générale de l'irresponsabilité sans toucher à celle de la persistance du caractère personnel de la faute, l'application du principe de la séparation des autorités ; il permet, grâce à la procédure du conflit (4) d'enlever à un tribunal de l'ordre judiciaire la connaissance d'un acte administratif. Or, l'appréciation d'un ordre hiérarchique comportant bien l'examen d'un acte administratif, le Tribunal des Conflits pourra estimer que l'appréciation de l'ordre par le tribunal correctionnel excède la compétence d'une juridiction de l'ordre judiciaire et soustraire le fonctionnaire obéissant à ses juges naturels. C'est, comme on l'a

---

(3) Cass., 20 juin 1828, Fauvelle, *Bull. Crim.*, p. 464, n° 181. Le sieur Fauvelle, simple manouvrier, avait dégradé un chemin public en creusant un fossé; il était poursuivi comme ayant violé l'article 40, titre II, loi du 6 octobre 1791. La Cour de Cassation cassa un premier jugement acquittant Fauvelle comme ayant agi sur les ordres de ses supérieurs, les gardes terrassiers forestiers (eux-mêmes avaient agi sur les ordres des marchands de bois) et dit qu'il est nécessaire d'examiner jusqu'à quel point la bonne foi du sieur Fauvelle permet de faire remonter la culpabilité jusqu'au donneur d'ordre: « En tout cas, le délit ne peut rester impuni, la vindicte publique qui poursuit une atteinte grave aux propriétés soit publiques, soit particulières, doit toujours être satisfaite. »

(4) Sauf en matière criminelle où le conflit ne peut être élevé.

dit, le rétablissement de la garantie administrative par une voie détournée (5).

---

(5) L'article 75 de l'Acte Constitutionnel de l'An VIII visait, on le sait, les poursuites pénales. Le rôle important de la Cour de Cassation à cet égard a été maintes fois souligné (Cf. DEPAULE, *op cit.;* PLANTÉ, *Les mises en jugement des fonctionnaires* (*Thèse*, Toulouse, 1910). Elle reconnut et maintint que l'article 75 valait au civil comme au criminel (Cass. Crim., 31 juillet 1829) ; en effet, plusieurs arrêts limitaient l'article 75 aux seules poursuites pénales (Pau, 14 juillet 1831; Paris, 7 mai 1833). Voir également l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 mai 1846 (*Bull. Crim.* 169).

CHAPITRE III

Signification réelle de la jurisprudence

Il est évident que les ordres ne peuvent avoir pour objet ou ne devraient avoir pour objet qu'une activité légale ou réglementaire. Cependant, il arrive très fréquemment, qu'en fait, les ordres donnés aboutissent à des infractions pénales (1). Alors, qu'il s'agisse d'un ordre antérieur à l'infraction ou d'une décision postérieure dont le but serait de la couvrir, la faute personnelle, la responsabilité pénale demeurent et elles sont indissolublement liées (2). Il faut interpréter dans le sens d'un fléchissement partiel certaines décisions qui voient

(1) On en trouvera une liste copieuse dans la thèse de M. LIARD (*L'infraction pénale dans le fonctionnement des services publics*, Paris, 1939) ; elle concerne notamment les agents des P. T. T., ceux du service des Ponts et Chaussées et du service vicinal, les agents de divers services municipaux, les agents des services de police (p. 44-45).

(2) Angers, 3 mars 1871, Orléans, 28 juin 1872, précités ; Confl., 12 mai 1877, Gague-Joubert, *R.*, p. 459 ; Confl., 28 mars 1889, Dufeuille, *R.*, p. 411, *S.*, 1891.3.32 ; Confl., 15 février 1890, Vincent, précité ; Confl., 24 novembre 1894, Préfet de la Nièvre, *D.*, 1896.3.10 ; Caen, 15 février 1904, *D.*, 1904.2.433.

une cause d'irresponsabilité dans le fait que l'agent accomplissant un ordre hiérarchique en avait déduit qu'il ne commettait pas d'infraction (3) : on admet, en général, que la preuve qu'il y a eu ordre du supérieur peut résulter de la seule déclaration de ce dernier ; il est évident que le fonctionnaire agira prudemment en exigeant un ordre écrit.

Cependant, la bonne foi de l'agent subordonné ne suffit pas ; pour certaines infractions où l'on ne prend pas en considération l'intention de l'agent, la responsabilité pénale de l'agent réapparaît. On pense ici à l'exemple classique des contraventions de grande voirie ; ainsi, les faits d'abatages d'arbres (4) dans une forêt domaniale (articles 192 et 194 du Code Forestier) ne sauraient être justifiés en raison d'ordres reçus d'un agent forestier, l'excuse de la bonne foi n'étant pas admise en matière de délits forestiers. Le délit de grande voirie a un caractère objectif ; l'infraction non intentionnelle du fonctionnaire subordonné, même de bonne foi sera réprimée, sous réserve du reste, de l'application qui pourrait lui être faite des articles 64, 114 et 190 du Code Pénal (5).

S'il était encore besoin d'une confirmation de cette notion d'irréductibilité de la faute personnelle derrière des affirmations divergentes, on la trouverait dans les hypothèses, soigneusement distinguées par la jurisprudence, en cette matière, qui envi-

---

(3) Bourges, 30 décembre 1870, *D.*, 1871.2.226.

(4) Cass., 13 avril 1849, Brousson, *D.*, 1849.5.203; Cass., 23 juin 1851, Labarthe, Lassus et autres, *D.*, 1851.5.276.

Comp. Cass., 29 mars 1845, Tocquaine, *S.*, 1845.1.546 ; *D.*, 1845.1.213. Toutes ces décisions sont anciennes mais nettes.

(5) On pourrait encore mentionner comme cause de fléchissement le jeu des circonstances atténuantes (Garraud, *Précis de Droit Criminel*, 15e édit., p. 333).

sagent non pas l'existence d'un ordre mais seulement d'instructions générales.

Dans l'arrêt Pradines (Confl., 31 juillet 1875, *S.*, 1875.2.312) il a été jugé que l'interprétation des règlements ne s'imposait pas en l'occurence et qu'elle ne saurait donner lieu à une question préjudicielle ; il s'agissait dans cette affaire de la chute d'un pont où plusieurs ouvriers trouvèrent la mort et où d'autres furent blessés. Des poursuites furent intentées devant le tribunal correctionnel contre des agents des Ponts et Chaussées auxquels on reprochait de ne pas s'être conformés aux règlements relatifs à leur profession. Le Tribunal des Conflits décide que le tribunal correctionnel n'est pas obligé de surseoir jusqu'au moment où l'autorité administrative aura décidé de la conformité de la conduite des agents avec les prescriptions des règlements (6).

En outre, dans un certain nombre d'arrêts de la Cour de Cassation on peut relever la formule générale : « Il importe peu que X... ait obéi ou cru obéir aux instructions de l'autorité supérieure, aux prescriptions des règlements ; que ces circonstances qui peuvent, le cas échéant exclure l'intention délictueuse, ne sauraient donner au fait incriminé le caractère d'un acte administratif... » (7)

---

(6) Dans le même sens : Cass. Crim., 11 août 1905, *D.*, 1909.1.351 : « Attendu qu'il importe peu que la prévenue, institutrice adjointe préposée à la direction d'une école maternelle, ait ou non enfreint le règlement particulier des écoles maternelles du département de la Seine... ».

(7) En ce sens : Cass. Crim., 20 février 1896, *D.*, 1899.1.390.

CHAPITRE IV

Valeur des solutions jurisprudentielles

Ces solutions marquent très justement la part de l'influence de l'ordre sur la responsabilité : l'ordre peut ou non exonérer l'agent obéissant mais il laisse intact le caractère personnel de la faute. Est-ce à dire que l'on doive adopter strictement les principes généraux donnés par les articles précités du Code Pénal et les solutions qui en découlent (1) pour déterminer dans quelle mesure la responsabilité de l'agent se trouve engagée ? Non : cette théorie s'applique à des cas spéciaux, on ne peut la généraliser. Elle n'est qu'un exemple dont on doit s'inspirer. Au reste, il est impossible de poser une irresponsabilité de principe à partir de certaines conditions et de retenir la responsabilité si l'une

(1) Beaucoup d'auteurs se sont tournés vers les solutions du Code Pénal; voir par exemple : Laband, *op. cit.* (et notamment t. 2, p. 151 et s.); Freund, *op. cit.* (t. 1, p. 20); Molinier, Mémoire sur l'abrogation de l'article 75 (*Recueil de Législation de Toulouse*, 1870, p. 387); De Chabert-Ostland, *Contribution à l'étude des voies de fait en droit administratif* (*Thèse*, Lille, 1907).

quelconque de ces trois conditions n'est pas remplie. Les conditions susceptibles d':tre prises en considération sont trop nombreuses, trop variables; c'est une solution psychologique qui s'impose.

Un effort remarquable a été tenté en ce sens dans un jugement du tribunal correctionnel de la Seine du 26 mars 1924 (Ministère public contre Samuel et d'Auby, *D. H.* 1924.365). Avant d'aborder l'examen de cette espèce, il convient de rappeler les dispositions de l'article 10 de la loi du 6 octobre 1919 relatives aux Sociétés d'épargne et modifiant l'article 175 du Code Pénal : « Tout fonctionnaire public, tout agent ou préposé d'une administration publique, changé à raison de sa fonction de la surveillance ou du contrôle direct d'une entreprise privée et qui, soit en position de congé ou de disponibilité, soit après admission à la retraite, destitution ou révocation et pendant un délai de cinq ans à dater de la cessation de la fonction prendra ou recevra une participation par travail, conseils ou capitaux (sauf par dévolution héréditaire en ce qui concerne les capitaux) dans les concessions, entreprises ou régies qui étaient directement soumises à sa surveillance ou à son contrôle sera puni d'un emprisonnement de 6 mois à 2 ans et d'une amende de 100 à 5.000 francs. Il sera de plus déclaré à jamais incapable d'exercer une fonction publique. Les dirigeants des concessions, entreprises ou régies considérés comme complices seront frappés des mêmes peines. »

Le jugement du tribunal correctionnel de la Seine dispose que cette mesure ne s'applique pas à un fonctionnaire du ministère du Travail chargé par son supérieur hiérarchique de la vérification de la légalité des statuts d'une société, statuts qu'on lui

apportait dans les bureaux du ministère et qui, après avoir démissionné est entré au service de la société avant l'expiration du délai prescrit par la loi de 1919 : « ...attendu que Samuel en faisant ce travail n'exerçait donc pas un contrôle direct sur les statuts de la société et n'était qu'un intermédiaire entre celle-ci et son chef hiérarchique... ».

C'est un cas véritablement frappant d'irresponsabilité pénale à raison de la subordination hiérarchique ; le fonctionnaire est ramené au rôle de simple organe à la disposition entière du supérieur; celui-ci tombe seul sous le coup de la loi. Les effets du lien hiérarchique persistent quand bien même l'agent n'est plus en fonctions.

DEUXIÈME PARTIE

L'ORDRE HIÉRARCHIQUE ET LA RESPONSABILITÉ DES MILITAIRES

CHAPITRE PREMIER

Notions générales

L'examen le plus superficiel des règles de l'administration militaire, dont le premier but est le maintien de la discipline, montre qu'elles sont beaucoup plus strictes que celles de l'administration civile ; elles s'imposent au militaire d'une manière permanente, c'est-à-dire non seulement pendant les heures de service mais également en dehors des heures de service (1). Il est tenu à une obéissance constante et passive au sens absolu du terme (2).

Cependant quelques maîtres du Droit public ont pensé que la simplicité de ces constatations n'était pas à l'abri de tout examen. On étudiera ici les thèses de M. Duguit et de M. Jèze, qui ont été formulées d'une manière particulièrement nette.

---

(1) Voir cependant l'idée posée par le Rapport (*J. O.*, 1er octobre 1941, p. 4210) précédant le texte de la loi du 14 septembre 1941 : le fonctionnaire civil reste fonctionnaire jusque dans sa vie privée.

(2) *Service intérieur des corps de troupes*, titre I, art. 1 : « La discipline faisant la force des armées, il importe que tout supérieur obtienne de ses subordonnés une obéissance entière et une soumission de tous les instants... ».

Pour le Doyen Duguit (3), la nature juridique du devoir d'obéissance du militaire n'est pas différente, on l'a déjà noté, de celle du devoir d'obéissance du fonctionnaire civil. Cependant, « en apparence, les choses se passent comme s'il y avait pour l'inférieur l'obligation directe d'obéir aux ordres du supérieur ». Il convient, du reste, de distinguer trois hypothèses :

1° Situation des militaires vis-à-vis des gouvernants.

M. Duguit expose à cette occasion sa conception, la plus généralement retenue, de l'armée instrument de contrainte aveugle et inconscient entre les mains des gouvernants : « machine à créer de la contrainte au gré des gouvernants afin de leur permettre de traduire leur supériorité matérielle sur les autres forces ». Il serait donc illogique de parler de rapports juridiques entre le pouvoir civil et le pouvoir militaire, ce qui nécessiterait un minimum de volonté « chez des agents qui ne sont que des instruments matériels ».

En conséquence, on ne peut davantage parler de responsabilité pour les membres d'un corps inconscient et aveugle ; « les militaires n'ont pas à apprécier la légalité des ordres donnés ; c'est aux gouvernants à user de la force dont ils disposent pour des fins conformes au droit et à la loi ».

Une situation analogue doit être reconnue dans celle de certains agents civils de la force armée (gardes champêtres, agents de police) : on se trouve alors en présence de simples instruments placés dans la main de certains fonctionnaires (préfets,

(3) Duguit, *Etudes de Droit public*, t. 2, p. 629 et s.

maires) et qui n'ont pas à apprécier la légalité ou l'illégalité de l'ordre donné.

2° Situation des militaires vis-à-vis des agents civils.

Les militaires sont ici sous le régime du pouvoir de réquisition. Le pouvoir de requérir certains agents militaires est reconnu à certains agents civils et dans le mécanisme même de la réquisition il faut distinguer deux phases : en premier lieu, l'initiative de l'opération à accomplir, qui relève de l'agent du pouvoir civil : cet agent aura épuisé sa compétence une fois donné l'ordre, écrit, daté et signé, de se trouver avec des troupes en armes, sur tel point, à telle heure, dans un but déterminé (mais non pas pour prendre telle ou telle mesure particulière). En second lieu, les détails de l'opération militaire, phase qui incombe à l'agent militaire seul, laissée à sa seule initiative. L'unique droit reconnu à l'autorité militaire sera celui de vérifier la compétence de l'auteur de l'ordre, sa régularité extérieure mais non pas celui d'apprécier la légalité du but poursuivi. A partir du moment où il est sur les lieux, l'agent militaire reprend son initiative ; il ne peut plus se prévaloir des ordres donnés par les agents civils pour dégager ou atténuer sa responsabilité.

3° Situation des militaires vis-à-vis des supérieurs hiérarchiques.

Une obligation d'obéissance stricte aux ordres du supérieur pèse sur le militaire alors même que la chose ordonnée est illégale ; c'est une solution indispensable pour assurer la cohésion de la force armée mais qui ne s'applique qu'au service de la force armée proprement dite : « pour tout ce qui est en dehors de la fonction véritable il n'y a plus

d'inférieur et de supérieur, il n'y a que des hommes responsables suivant les principes généraux du droit ».

Pour M. Jèze (4), la solution que l'on doit donner au problème de la responsabilité des militaires envisagé par rapport à l'ordre se rapproche nécessairement de celle donnée pour les agents civils. Avant l'exécution des ordres, le militaire doit examiner :

1° S'ils émanent d'une autorité compétente pour les lui donner ;

2° S'ils sont relatifs au service ;

3° S'ils ne prescrivent pas l'accomplissement d'actes certainement illégaux. (L'opportunité de la mesure reste en dehors de l'appréciation du subordonné.) Il reste entendu, d'autre part que les articles 114 et 190 du Code Pénal dégagent, dans les cas strictement énumérés et définis par les textes, la responsabilité pénale des agents militaires mais non leur responsabilité civile ou disciplinaire.

On ne sera pas surpris de l'attitude de M. Jèze qui a toujours assimilé le simple soldat au fonctionnaire. Mais, quant au doyen Duguit, encore qu'il ait affirmé qu'une telle assimilation de principe soit très logique, il a opéré un singulier retour aux notions consacrées par le droit positif et la jurisprudence ; M. Hauriou a pu qualifier la pensée de M. Duguit sur ce point « d'hommage

---

(4) *Cours de Droit public*, Licence (1923) : Le fonctionnement des Services publics, p. 82.

au bon sens mais de démenti à la logique de son système » (5).

Il faut sans nul doute s'en tenir aux règles traditionnelles concernant le devoir d'obéissance des militaires, obéissance passive limitée par l'absurde. Le Sénat a justement repoussé le 29 juillet 1882 la proposition du sénateur LABORDÈRE aux termes de laquelle les soldats qui auraient désobéi à un ordre illégal ne seraient pas punissables (6). L'Acte Constitutionnel n° 8 du 14 août 1941 a clairement posé une fois de plus le devoir d'obéissance inconditionnelle de l'armée (7).

Mais le véritable problème qui se pose ici est, comme précédemment, de s'efforcer de discerner,

---

(5) Les Idées de M. Duguit (*Recueil de Législation de Toulouse*, 1911, p. 7).

(6) L'obéissance ne serait due qu'aux ordres réguliers et légaux; « Les lois sont faites pour les soldats comme pour les citoyens; il ne doit pas y avoir de loi qui permette de désobéir à la loi. » L'article 218 du Code de Justice Militaire était, selon le sénateur LABORDÈRE, mal interprété par les tribunaux; il ne devait pas pouvoir être invoqué lorsqu'il s'agissait d'un ordre illégal (*J. O.*, Déb. parl., Sénat, p. 937).

(7) *J. O.* du 16 août 1941, p. 3438. « Nul ne peut être admis à servir dans l'armée s'il ne prête serment de fidélité au Chef de l'Etat. »

La formule de la prestation est la suivante : « Je jure fidélité à la personne du Chef de l'Etat, promettant de lui obeir en tout ce qu'il me commandera pour le bien du service et le succès des armes de la France. »

On notera les différences de rédaction avec l'Acte Constitutionnel n° 9 du 14 août 1941 (*Dalloz analytique*, Législation, p. 404) relatif au serment de fidélité des magistrats : « Nul ne peut exercer les fonctions de magistrat s'il ne prête serment de fidélité au Chef de l'Etat. La formule de la prestation de serment est la suivante : Je jure fidélité à la personne du Chef de l'Etat. Je jure et promets de bien et honnêtement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat. »

derrière les affirmations des solutions jurisprudentielles, le sens exact de l'influence de l'ordre sur la responsabilité personnelle. On procèdera à cet examen, qui doit conduire aux mêmes conclusions qu'en ce qui concerne la responsabilité des fonctionnaires civils, à partir de la notion de hiérarchie. Deux aspects sont à distinguer : 1° Acte dommageable commis à l'encontre d'un militaire, d'une personne comprise dans la hiérarchie militaire ; 2° Acte dommageable commis à l'encontre d'un administré, en dehors de la hiérarchie militaire.

CHAPITRE II

La jurisprudence

§ 1. — *Actes dommageables commis à l'encontre d'un militaire, d'une personne comprise dans la hiérarchie militaire.*

La jurisprudence a parfaitement compris ici, les nécessités de l'institution militaire et l'esprit des textes qui la réglementent ; elle l'a montré très clairement en posant que la sanction de la voie de fait, de la faute personnelle ne peut être mise en jeu.

1° La voie judiciaire est fermée. On citera, à cet égard, en premier lieu l'arrêt Francomme (Confl., 31 octobre 1885, *R.*, p. 804) rendu à propos d'emprisonnement illégal et arbitraire de miliciens de l'île de la Réunion par les officiers des miliciens. Ceux-ci étaient sans aucun doute coupables de fautes personnelles. Le Tribunal des Conflits déclare : qu'aux termes de lois ci-dessus visées sur la séparation des pouvoirs il ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire de connaître des peines

disciplinaires prises par les commandants des milices, à raison des fautes commises par ceux-ci contre la discipline, ni de statuer sur les demandes d'indemnités formées par les miliciens contre leurs officiers à raison de l'exécution des dites peines ; qu'il sort de là que le tribunal de Saint-Pierre était incompétent pour connaître de la demande du sieur Francomme... »

L'arrêt Desreumeaux (Trib. Lille, 27 mai 1909, *D.*, 1910.2.350 ; Confl., 5 mai 1911, *R.*, p. 506 ; concl. Blum) consacre les mêmes principes. En 1909 fut portée devant le tribunal civil de Lille une demande en indemnité formée par le lieutenant Desreumeaux contre un colonel qui l'avait convoqué contrairement à la loi mais conformément à des instructions ministérielles et contre un officier qui avait arrêté le lieutenant sur les ordres du colonel. La demande en indemnité fut rejetée : le lieutenant qui avait procédé à l'arrestation « s'est borné à exécuter un ordre reçu de ses supérieurs et qu'il ne pouvait discuter... ». Le colonel est couvert par l'instruction ministérielle. Mais on remarquera que le Tribunal des Conflits a retenu que « l'arrestation et la détention se trouvait dépourvues de toute base légale ».

2° La voie administrative est fermée. S'inspirant de la notion d'ordre intérieur le Conseil d'Etat a repoussé énergiquement les actions intentées par les militaires. L'arrêt Digard (3 avril 1914, *R.*, p. 441) fait état des règles spéciales à l'armée, de l'étendue exceptionnelle du pouvoir discrétionnaire des militaires. En l'espèce, il s'agissait du recours pour excès de pouvoir formé par un officier contre un ordre de son colonel lui prescrivant d'entrer à l'hôpital ; cet ordre était en contradiction avec le règlement sur le service inté-

rieur et avec les instructions du général. Le Conseil d'Etat dispose : « Considérant que l'ordre par lequel le colonel a enjoint au sieur Digard, pour raison de santé, d'entrer à l'hôpital constitue une mesure d'ordre intérieur prise par l'autorité militaire dans l'intérêt du service et ne porte atteinte à aucun droit garanti par une loi ou un règlement... ».

Parmi les espèces les plus récentes, l'arrêt Lemarchand (C. d'Et., 25 juillet 1931, *R.* p. 872) se refère à la notion de hiérarchie qui imprègne d'une manière particulièrement puissante l'institution militaire (1).

La seule signification de toutes ces décisions c'est que la sanction de la faute personnelle est impossible pour diverses raisons toutes tirées de la nature même de l'institution militaire.

§ 2. — *Actes dommageables commis à l'encontre d'un administré, en dehors de la hiérarchie militaire.*

Une attitude plus souple a pu être adoptée, sous ce rapport, par la jurisprudence, mais sa signification profonde n'est pas différente. On en trouvera l'illustration la plus certaine dans la matière des accidents d'automobile survenus aux militaires en service commandé. Avec le développement considérable du service automobile de l'armée ces

(1) Dans le même sens : C. d'E., 26 janvier 1897, Ferret, *R.*, p. 159; 18 avril 1918, Voltine, *R.*, p. 908; 10 janvier 1919, Woisthenrisch, *R.*, p. 15; 8 août 1921, Burc, *R.*, p. 815; 21 mai 1926, Huot de Charmoille de Frasnois, *R.*, p. 527; 27 février 1929, Terme, *R.*, p. 523.

accidents ont donné lieu à un grand nombre de décisions. Il n'est que de feuilleter le recueil des arrêts du Conseil d'Etat et des décisions du Tribunal des Conflits depuis 1935 pour voir que leur nombre a été sans cesse croissant.

Trois responsabilités peuvent être ici mises en jeu : responsabilité pénale du conducteur (2), responsabilité civile du conducteur, responsabilité civile de l'Etat. La jurisprudence a montré que l'ordre restait en soi sans effet automatique sur la responsabilité personnelle : 1° en retenant toutes les fois que cela était possible la responsabilité civile du conducteur dans les hypothèses de faute lourde inexcusable, assimilable au dol et indépendamment de l'infraction à la loi pénale bien que l'auteur du dommage se soit retranché derrière l'ordre. On citera à ce propos trois décisions très nettes (Civ., 7 février 1923, *D. P.*, 1926.1.93 ; Colmar, 13 octobre 1924, *D. H.* 1925.68 ; Colmar, 13 octobre, 17 novembre 1924, *D. H.*, 1925.68).

2° En examinant, pour un grand nombre d'espèces si le fait incriminé constituait bien un fait de service. Voici, à titre d'exemples trois décisions connues.

Dans l'affaire Thepaz (3) (Confl., 14 janvier 1935,

---

(2) Article 319 du Code Pénal : « Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements aura commis involontairement un homicide ou en aura été involontairement la cause, sera puni d'un emprisonnement de 3 mois à 2 ans et d'une amende de 50 à 600 francs ».

(3) Pour les problèmes soulevés par cet arrêt voir la note de M. Alibert (*S.*, 1935.3.17), à compléter par la note de M. Waline (*D.*, 1936.2.51) sous l'arrêt dame Duez c. Fournier et la chronique du professeur Mestre (*D. H.*, 1935, p. 57).

S., 1935.3.17, note Alibert) un cycliste, doublé par un convoi de camions militaires avait été heurté par la remorque accrochée à l'un d'eux, que conduisait un soldat en service commandé. Le Tribunal des Conflits déclare que le fait survenu à ce soldat dans l'accomplissement d'un service commandé « n'est pas constitutif d'une faute se détachant de l'exercice de ses fonctions » ; c'est la formule même des arrêts rendus à propos des accidents survenus aux fonctionnaires civils.

Une solution identique est intervenue dans l'affaire Schmitt (Confl., 6 décembre 1937, *R.*, p. 1119, *Gaz. Trib.*, 21 mai 1938) au sujet d'un accident semblable causé par un officier en service commandé, pilotant sa propre voiture, circonstance dûe d'ailleurs à ce qu'aucune voiture ne s'était trouvée disponible à la compagnie.

Plus récemment le Tribunal des Conflits a maintenu son attitude (7 novembre 1939, Dame Veuve Largier, *R.*, p. 672) : « Considérant que le 29 septembre 1936 dans la ville d'Arles une voiture automobile militaire conduite par le soldat Garassin a renversé et mortellement blessé un cycliste, le sieur Largier, qui avait obliqué à gauche au moment ou ladite voiture allait le doubler ; considérant que le soldat Garassin accomplissait alors un service commandé et que, dans les conditions ou l'accident susrelaté s'est produit, le fait imputable à ce conducteur d'avoir circulé à une vitesse supérieure au maximum autorisé par le règlement municipal n'a pas constitué une faute se détachant de l'exercice de ses fonctions... Arrêté de conflit confirmé... ».

Il serait inutile de poursuivre un exposé qui ne fait que rappeler des idées déjà soulignées et

illustrées par ailleurs. Aussi bien, si l'on peut noter le parallélisme des conceptions des Tribunaux civils et du Tribunal des Conflits en cette matière comme dans celle de la responsabilité civile des fonctionnaires, on pourra noter un parallélisme entre l'attitude du Conseil d'Etat vis-à-vis de l'ordre et de la responsabilité quant aux agents civils et militaires. Si l'on a pu citer quelques décisions ou la voie de fait, la faute personnelle semblaient irréductibles, il apparaît cependant que la haute juridiction administrative est restée fidèle, dans les grandes lignes à sa conception de l'ordre, élément de transformation directe et nécessaire du fait personnel en fait de service et qu'elle a soutenue dans un grand nombre d'espèces, quand elle a eu à juger le service public.

Sans faire état des décisions qui font appel à la théorie de la présomption de faute on a groupé dans une note (4) les espèces jugées par le Tribunal des Conflits relatives à des accidents d'automobiles imputables à des militaires et où l'ordre est pris plus ou moins explicitement en considération d'une façon partielle ou exclusive. Pour ne pas s'en tenir à cette sèche énumération on men-

---

(4) Année 1935 : 13 février, Dlle Lefèvre, *R.* p. 189 ; 28 mai, Barrois, *R.* p. 625 ; 17 juillet, Perrin, *R.* p. 826 ; 27 novembre, Cie d'assurances générales et sieur Huet, *R.* p. 1109.

Année 1936 : 4 janvier, Henry, *R.* p. 18 ; 25 mars, Kerigny, *R.* p. 831 ; 30 octobre, Lacroix, *R.* p. 937.

Année 1937 : 26 mai, Samson, *R.* p. 531 ; 2 juin, Antoine, *R.*, p. 549; 25 octobre, consorts du Terrail, *R.*, p. 1115; 6 décembre 1937, Champeil, *R.* p. 1117.

Année 1938 : 19 janvier, Raulot, *R.* p. 54 ; 2 novembre, Dlle Houchet, *R.* p. 822 ; 30 novembre, Dame Leroy, *R.* p. 897.

tionnera avec plus de détails trois affaires intéressantes :

1° Une décision du 7 avril 1922 (sieur Woitier, *R.*, p. 352) à propos d'un accident mortel survenu au cours d'une excursion organisée par un sous-officier de l'armée américaine. Le Conseil d'Etat a considéré que l'accident n'était pas de nature à mettre en jeu la responsabilité de l'Etat français substitué aux Etats-Unis d'Amérique en vertu de l'accord intervenu entre les deux gouvernements, du seul fait que la victime avait été invitée à prendre part à cette excursion par un sergent qui avait été simplement autorisé par ses chefs à organiser cette excursion « ... encore que le camion qui a déterminé l'accident eut été mis par l'autorité militaire à la disposition du sergent ».

2° L'espèce Pavlidis (21 mars 1935, *R.*, p. 373) donne la même solution de principe : « la collision qui s'est produite entre une automobile de l'armée et une voiture particulière étant survenu alors que le conducteur, désobéissant à l'ordre de ses chefs, suivait un itinéraire différent de celui qui lui avait été assigné et faitsait une course pour affaires personnelles, l'accident a été déclaré imputable à une faute personnelle commise en dehors du service public, ne pouvant engager la responsabilité de l'autorité militaire ».

3° Un jugement récent du Tribunal civil de Chartres (21 mai 1941, Montfermé c. Noizet, *Gaz. Palais* du 14 août 1941) décide que constitue une faute personnelle l'accident causé par un mobilisé en service commandé et porteur d'un ordre de service, conduisant une automobile lui appartenant alors que cette voiture n'était pas réquisitionnée et que son utilisation pour l'accomplisse-

ment de sa mission n'était ni autorisé, ni obligatoire, ni même simplement facultative.

§ 3. — *Valeur des solutions jurisprudentielles.*

Au terme de l'examen de la responsabilité des militaires il faut se borner à dire que la nature même de l'institution en présence de laquelle on se trouve, ses nécessités impérieuses, ne se prêtent pas à une solution évolutive(5). Cette évolution dans un sens analogue à celui envisagé pour la responsabilité civile ne serait pas désirable : l'année doit rester un organisme à part, vivant d'une existence propre et composé de membres dont la condition juridique est de nature spéciale.

L'examen habituel auquel procède le Tribunal des Conflits quand il est en face de l'ordre du supérieur militaire ne prétend à aucun degré porter atteinte aux règles de la hiérarchie militaire. Ce n'est qu'un moyen, parmi d'autres, d'apporter une preuve de la continuité de son attitude : la faute personnelle demeure derrière l'ordre mais elle ne peut servir de base à une action en justice soit à cause des nécessités de toutes natures de l'institution militaire soit parce que l'acte dommageable ne se détache pas des fonctions de l'agent d'exécution.

Peut-être pourra-t-on demander à la jurispru-

(5) Pour l'étude de la doctrine anglo-américaine, qui pose en principe l'application du droit commun aux militaires et des espèces jurisprudentielles en la matière, qui admettent en fait la suppression de la responsabilité par l'ordre, on consultera l'étude précitée de M. J. Barthélemy, p. 494 à 502. Il ne parait pas exister d'études d'ensemble plus récentes.

dence, dans les cas ou elle retiendra la responsabilité pénale et la responsabilité civile du militaire subalterne de déterminer en outre avec soin la part de responsabilité pénale et civile qui peut incomber au supérieur qui a donné l'ordre (Service intérieur des corps de troupe. Article 1er : « Il importe que les ordres soient exécutés sans hésitation ni murmure ; l'autorité qui les donne en est responsable. »)

CONCLUSION

On pense avoir montré au cours de cette étude que la faute personnelle de l'agent d'exécution reste irréductible pour tout agent, civil ou militaire, même lorsqu'il peut invoquer un ordre hiérarchique et l'ampleur qu'il convient de donner à l'atténuation de la responsabilité civile quand cette atténuation est possible .

C'est une solution psychologique au premier chef, il faut le redire, variable en fonctions d'éléments souvent difficiles à déterminer, qui convient. Ici, comme en bien d'autres domaines, la jurisprudence seule pourra y parvenir par l'exemen rationnel et minutieux des cas qui lui seront soumis. Elle dispose maintenant d'un texte qui dissipe toutes les incertitudes. Une solution dans le sens qui a été préconisé s'impose : elle précisera une partie de la théorie générale de la responsabilité personnelle des fonctionnaires ; elle sera en harmonie avec les caractères particuliers de la fonction publique dans notre société moderne ; elle redonnera à l'agent public l'exacte notion des nécessités supérieures du service public dont il fait partie par la mise en jeu fréquente de sa responsabilité personnelle. Cette considération, qui ne devait être que le fruit d'une évolution, se trouve aujourd'hui posée au premier plan comme un postulat dont on va dé-

velopper les conséquences à partir des données fondamentales de la loi ; il est désirable que la jurisprudence ne s'en tienne pas d'une manière absolument stricte à ces données ; ainsi, l'article 13 titre I de la loi du 14 septembre 1941 parle d'examen de l'ordre par le subordonné, de la réitération de l'ordre : ce ne sont là que de simples indications, de simples éléments à côté de ceux, beaucoup plus nombreux, dont l'application clairvoyante permettra d'arriver à l'exacte appréciation de la responsabilité personnelle de l'agent.

Vu, *le Président de la Thèse :*

Ch. Rousseau.

Vu, *le Doyen :*

E. Durtelle de Saint-Sauveur.

Vu et permis d'imprimer,
pour le Recteur
le Vice-Président du Conseil
de l'Université délégué :

E. Durtelle de Saint-Sauveur.

BIBLIOGRAPHIE

ALIBERT, R. — Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir (1926).

APPLETON, J. — Traité élémentaire du contentieux administratif (1927, Supplément 1936).

ARTUR, E. — Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions (1905).

AUCOC, L. — Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789, ses transformations, ses travaux et son personnel (1876).

BARTHÉLEMY, J. — L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents (*Revue du Droit Public*, 1914, p. 491).

BEQUET, L., LAFERRIÈRE, E., et DISLÈRE, P. — Répertoire du droit administratif (Fonctionnaire, responsabilité).

BERINGUIER, R. — Le problème de la circulation (1929).

BERNARD, J.-R. — De la responsabilité des fonctionnaires administratifs dans leurs rapports avec les particuliers (*Thèse*, Bordeaux, 1908).

BERTEAUD, C. — De la responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs envers les particuliers (*Thèse*, Bordeaux, 1922).

BERTHELEMY, H. — Les poursuites contre les fonctionnaires pour actes accomplis à l'occasion de leurs fonctions (*Revue générale d'administration*, 1898, t. 1, p. 5).

Berthelemy, H. — Traité élémentaire de droit administratif (12e édit., 1930 ; 13e édit., 1933).

Bluntschli. — Théorie générale de l'Etat (2e édit., 1881).

Bonnard, R. — La responsabilité civile et pénale des agents en Angleterre, aux Etats-Unis et en Allemagne (*Thèse*, Rennes, 1914).

« Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir (*Revue du Droit Public*, 1923, p. 363).

« Précis de droit administratif (4e édit., 1940).

Bougrat, R. — L'obéissance hiérarchique (*Thèse*, Paris, 1934).

Bujard, H. — Le faute professionnelle dans la magistrature (*Thèse*, Dijon, 1914).

Carré de Malberg, R. — Contribution à la théorie générale de l'Etat (2 vol., 1920-1922 ; t. 1., p. 521-523).

Cauvière, H. — Discipline militaire et obéissance passive (1908).

Chabert-Ostland, A. (de). — Contribution à l'étude des voies de fait en droit administratif (*Thèse*, Lille, 1907).

Chalvon-Demersay, E. — L'examen du fait par le Conseil d'Etat (*Thèse*, Paris, 1922).

Chardon, R. — Du cumul et de la coexistence des responsabilités en matière administrative (*Thèse*, Paris, 1939).

Chevallier, J.-J — L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir (*Thèse*, Nancy, 1924).

Clerc, H. — La responsabilité dans la circulation des automobiles militaires (*Thèse*, Paris, 1932).

Cot, P. — La responsabilité des fonctionnaires publics (*Thèse*, Paris, 1922).

Cretin, Ch. — Du contentieux administratif et de la jurisprudence du Conseil d'Etat, spécialement en matière militaire (1908, Appendice 1912).

DEFRENOIS, J. — La faute du service public (*Thèse*, Bordeaux, 1937).

DELBEZ, L. — De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité (*Revue du Droit Public*, 1932, p. 441).

DELEAU, M. — L'évolution du pouvoir disciplinaire sur les fonctionnaires civils de l'Etat (*Thèse*, Paris, 1933).

DEPAULE, J. — Etude historique sur la responsabilité des fonctionnaires publics (*Thèse*, Toulouse, 1901).

DESGRANGES, E. — Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif (*Thèse*, Poitiers, 1937).

DIVANACH, Y. — La responsabilité civile des fonctionnaires en droit français (*Thèse*, Rennes, 1935).

DUCROCQ, Th. — Cours de droit administratif (7e édit., 1897, t. 3.).

DUEZ, P. — La responsabilité de la puissance publique en dehors des contrats (2e édit., 1938).

DUGUIT, L. — Etudes de droit public : 1. L'Etat, le droit objectif et la loi positive (1901); 2. L'Etat, les gouvernants et les agents (1903).

« Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat (1re édit., 1908).

« Traité de droit constitutionnel (3e édit., 1927-1928, 5 vol.).

« Les transformations du droit public (1re édit., 1913).

« Coexistence de la responsabilité de l'Etat et de la responsabilité personnelle des fonctionnaires (*Revue du Droit Public*, 1923, p. 23).

DUPEYROUX, H. — Faute personnelle et faute du service public (*Thèse*, Paris, 1922).

ENGLINGER, A. — L'organisation de la police administrative (*Thèse*, Strasbourg, 1939).

FLEINER, F. — Principes généraux du droit administratif allemand (1933).

FLINIAUX, A. — Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative (*Revue du Droit Public*, 1931, p. 333).

GARRAUD, R. — Précis de droit criminel (13e édit. ; 14e édit., 1926).

GENY, F. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (1919, 2 vol.).

« Science et technique en droit privé positif (1915-1924, 4 vol.).

GESTIN, Y. — Cumul de la responsabilité de l'agent et de la personne morale administrative (*Thèse*, Rennes, 1928).

GOLDENBERG, L. — Le Conseil d'Etat juge du fait (*Thèse*, Paris, 1932).

GRANGÉ, Ch.-A. — Les doctrines politiques du parti républicain à la fin du Second Empire (*Thèse*, Bordeaux, 1903).

GRELAT, G. — Essai d'une théorie juridique de l'instruction de service (*Thèse*, Nancy, 1908).

GUILHOU, M. — Les accidents de la circulation causés par les agents de l'Etat (*Gaz. Palais*, 18 juin 1937).

HAURIOU, A. — Le pouvoir discrétionnaire et sa justification (*Mélanges*, Carré de Malberg, 1933, p. 233).

HAURIOU, M. — Les idées de M. Duguit (*Recueil de Législation de Toulouse*, 1911, p. 1).

« Précis de droit administratif et de droit public (diverses édit. ; 12e édit., revue par A. HAURIOU, 1933).

« Principes de droit public ; appendice : de l'autorité juridique du pouvoir politique et des deux couches de droit (2e édit., 1916).

« Principes de droit constitutionnel (1910).

« Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits publiées au recueil *Sirey*, de 1892 à 1928 (1929, 3 vol.).

HUGOT-DERVILLE, R. — Le principe hiérarchique dans l'administration (*Thèse*, Paris, 1913).

JACQUELIN, R. — Les principes dominants du contentieux administratif (1899).

« Légalité et responsabilité de l'administration (Cours de doctorat à la Faculté de Droit de Paris, 1929-1930).

JÈZE, G. — Cours de droit public (Licence) : le fonctionnement des services administratifs (1923).

« Principes généraux du droit public français touchant la responsabilité personnelle des fonctionnaires publics à raison de leurs actes et tribunaux compétents pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre eux. (*Revue du Droit Public*, 1909, p. 262).

« Principes généraux du droit administratif (3e édit., 1925-1934, 4 vol.).

LABAND, P. — Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, édit. allemande, 1876-1882, 3 vol. -- Le Droit Public de l'Empire allemand, I, trad. C. Gandilhon (édit. française de 1900).

LACANAL. — De la responsabilité des fonctionnaires publics envers les particuliers (*Revue générale d'administration*, 1884, t, 1, p. 32).

LADREIT DE LACHARRIÈRE, R. — Le contrôle hiérarchique de l'administration dans la forme juridictionnelle (*Thèse*, Paris, 1937).

LAFERRIÈRE, E. — Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux (2e édit., 1896, 2 vol.).

LALOU, H. — La responsabilité civile (1928).

LE FUR, L. — Les droits des particuliers et ceux de l'Etat en matière de réquisitions militaires (*Revue du Droit Public*, 1917, p. 44).

LESTANG, R. (de). — Les collisions de véhicules (*Thèse*, Toulouse, 1933).

LÉVY, L. — L'ordre hiérarchique (*Thèse*, Dijon, 1913).

LIARD, D.-L. — L'infraction pénale dans le fonctionnement des Services publics (*Thèse*, Paris, 1939).

MANDRETTE, G. — Les instructions des supérieurs hiérarchiques (*Thèse*, Paris, 1908).

MESTRE, A. — Faute administrative et faute pénale (*D. H.*, 1935, Chronique, p. 57).

MICHOUD, L. — La théorie de la personnalité morale (3e édit., 1932).

» Etudes sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration (*Annales de l'Université de Grenoble*, 1913).

MOLLIET, P. — Le pouvoir hiérarchique (*Thèse, Paris*, 1909).

MOREAU, F. — Le règlement administratif (1902).

NESMES-DESMARETS, R. (de). — De la responsabilité civile des fonctionnaires de l'ordre administratif et judiciaire envers les particuliers (*Thèse*, Montpellier, 1910).

NEZARD, H. — Théorie juridique de la fonction publique (*Thèse*, Paris, 1901).

« Les principes généraux du droit disciplinaire (*Thèse*, Paris, 1903).

ORSONI, M. — Le personnel communal et l'autorité municipale (*Thèse*, Paris, 1938).

PALOQUE, J. — De la distinction entre la faute personnelle et la faute de service du fonctionnaire (*Thèse*, Paris, 1909).

PERRAUD-CHARMENTIER, A. — Manuel pratique de l'automobile. Législation et jurisprudence (1927).

« De la responsabilité des personnes publiques dans les accidents d'automobile (*Répertoire Commaille*, 1936).

PERREAU, E.-H. — De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs (*Thèse*, Bordeaux, 1894).

PLANTÉ, P. — La mise en jugement des fonctionnaires (*Thèse*, Toulouse, 1910).

REGLADE, M. — La coutume en droit public interne (*Thèse*, Bordeaux, 1919).

Rivero, J. — Les mesures d'ordre intérieur administratives (*Thèse*, Paris, 1934).

Rolland, L. — Précis de droit administratif (1937).

Rousseau, Ch. — Le régime juridique de la circulation (*Revue du Droit Public*, 1932, p. 399).

Schmidt, J. C. — Faute civile ou faute pénale (*Thèse*, Paris, 1928).

Serrigny, D. — Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative (1865, 2e édit., 3 vol.).

Sillières, P. — Le droit disciplinaire dans l'armée (*Thèse*, Poitiers, 1935).

Teissier, G. — De la responsabilité de la puissance publique (1906).

Waline, M. — Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel (*Revue du Droit Public*, 1930, p. 197).

« Manuel élémentaire de droit administratif (1936).

Welter, H. — Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative (*Thèse*, Nancy, 1929).

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS 9

PREMIÈRE PARTIE

L'ordre hiérarchique
et la responsabilité des agents civils

a) Responsabilité Civile

CHAPITRE PREMIER. — Le problème des rapports de l'ordre hiérarchique et de la responsabilité des agents publics (de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII jusqu'à son abrogation par le décret-loi du 19 septembre 1870). Son immobilité par rapport au problème général de la responsabilité des fonctionnaires 13

CHAPITRE II. — Les solutions de la doctrine 23

§ 1. -- Doctrine du doyen Duguit (I Exposé, II Discussion, III Thèse de M. Carré de

Malberg, prolongement de celle de M. Duguit) 23

§ 2. -- Thèse de M. Nezard 32

§ 3. -- Doctrine de M. Jèze (I Exposé, II Discussion) 34

§ 4. -- Théorie du doyen Harniou (I Exposé, II Discussion) 42

§ 5. -- Théorie de M. J. Barthélemy 51

CHAPITRE III. — Examen de la jurisprudence 53

Section I. — Première période 53

Section II. — Deuxième période 55

§ 1. -- Tribunaux judiciaires 55

§ 2. -- Conseil d'Etat 59

§ 3. -- Tribunal des Conflits (I Examen, II Valeur de la solution du Tribunal des Conflits) 64

APPENDICE. — La loi du 14 septembre 1941 portant statut général des fonctionnaires civils de l'État et des établissements publics de l'État 81

b) **Responsabilité Pénale**

CHAPITRE PREMIER. — Examen des textes 86

CHAPITRE II. — Fléchissement partiels dans l'application du principe général . . 89

CHAPITRE III. — Signification réelle de la jurisprudence 93

CHAPITRE IV. — Valeur des solutions jurisprudentielles 96

DEUXIÈME PARTIE

L'ordre hiérarchique et la responsabilité des militaires

CHAPITRE PREMIER. — Notions générales 101

CHAPITRE II. — La jurisprudence 107

§ 1. -- Actes dommageables commis à l'encontre d'un militaire, d'une personne comprise dans la hiérarchie militaire 107

§ 2. -- Actes dommageables commis à l'encontre d'un administré, en dehors de la hiérarchie militaire 109

§ 3. -- Valeur des solutions jurisprudentielles 114

CONCLUSION 117

BIBLIOGRAPHIE 119

IMPRIMERIE CENTRALE DE RENNES
7, Rue des Francs-Bourgeois
RENNES